

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

ÉTUDE
SUR
LA RECHERCHE DE LA PATERNITÉ
EN DROIT COMPARÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

présentée et soutenue le 19 Juin 1914, à 3 heures

PAR

Henry LHOSPIED

LICENCIÉ ÈS-LETTRES-PHILOSOPHIE

Président : M. CAPITANT

Suffragants : { MM. AUDIBERT
CARPENTIER } *professeurs.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot, et rue Toullier, 13

1914

Thèse
dans
1914

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

66061.

ÉTUDE
SUR
LA RECHERCHE DE LA PATERNITÉ
EN DROIT COMPARÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

présentée et soutenue le 19 Juin 1914, à 3 heures

PAR

Henry LHOSPIED

LICENCIÉ ÈS-LETTRES-PHILOSOPHIE



Président : M. CAPITANT

Suffragants : { MM. AUDIBERT
CARPENTIER } *professeurs.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot, et rue Toullier, 13

1914

Digitized by the Internet Archive
in 2026

BIBLIOGRAPHIE

Cette bibliographie n'a pas la prétention d'être complète ; elle ne contient que la mention des ouvrages le plus fréquemment cités au cours de ce travail.

ACOLLAS. — *L'enfant né hors mariage. La Recherche de la paternité.* Paris, 1865.

AMIABLE. — *De la preuve de la paternité hors mariage. Etude de législation.* Paris, 1885.

AUBRY et RAU. — *Cours de Code civil français*, 4^e édition.

BARET. — *Histoire et critique des règles sur la preuve de la filiation naturelle en droit français et étranger.* Paris, Mareseque aîné, 1872.

BAUDRY-LACANTINIERE. — *Traité théorique et pratique de droit civil. Droit des personnes.* Tome III. Paris, 1902.

BOURGEOIS. — *La Recherche de la paternité et les projets de réforme actuels.* Thèse, Paris, Larose et Tenin, 1912.

BRUN (François). — *La Recherche de la paternité. Commentaire théorique et pratique de la loi du 16 novembre 1912.* Paris, Marchal et Godde, 1913.

BRUNETIERE. — Article sur la *Recherche de la paternité* dans *Revue des Deux-Mondes*, septembre 1883, p. 349 et suiv.

Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale suisse, 1905 et 1907, tomes XV et XVII.

BULLING. — *Die Rechte der unehelichen Kinder nach dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Berlin, 1895.

DE BUMAN. — *Du fondement de la créance alimentaire de l'enfant naturel en droit fribourgeois.* Thèse, Fribourg, 1897.

- Bunde Schweizerischer Frauenvereine. — *Das neue Zivilgesetzbuch und die Schweizerfrauen*. Berne, Francke, 1911.
- CAPITANT. — *Introduction à l'étude du droit civil*, 3^e édition, Paris, 1912.
- CAPITANT et COLIN. — *Cours élémentaire de droit civil français*. t. I. Paris, Dalloz, 1914.
- CHAMPCOMMUNAL. — *Sur la condition juridique des enfants naturels dans les nouvelles législations de la Suisse, de la Principauté de Monaco et de la Belgique*, dans *Bulletin de la Société de législation comparée*. Paris, 1910, p. 79 et suiv.
- CHARMONT J. — *Les transformations du droit civil*. Paris, Armand Colin, 1912.
- Code civil allemand. — Edition J. Gruber, Strasbourg. Schultz.
- Code civil suisse. — Edition Rossel, Lausanne. Payot.
- COLIN. — *De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, p. 257 et suiv. — *Observations sur l'étude de M. Champcommunal*, dans *Revue de législation comparée*, 1910, p. 189.
- Commission d'experts. — *Procès-verbaux de la Commission d'experts du Code civil suisse*. Berne, 1901-1902.
- COSACK. — *Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts*, vol. II, 2^e part., 5^e édit., Iéna, 1912.
- COSTE-FLORET. — *La Recherche judiciaire de la filiation naturelle*. Thèse, Paris, Larose et Tenin, 1907.
- COULET et VAUNOIS. — *Etude sur la recherche de la paternité*, Paris, 1880.
- CRÉMIEUX. — *Des Preuves de la filiation naturelle non reconnue*. Thèse, Paris, 1907.
- CROME. — *System des deutschen Bürgerlichen Rechts*, vol. II. Familienrecht. Tübingen, 1908.
- CURTI (Arthur). — *Schweizerisches Zivilrecht*, vol. I. Personen und Familienrecht. Zürich. Orell, Füssli, 1910.
- CURTI-FORRER (Eugène). — *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, 3^e livraison, Zurich. Traduction Max E. Porret. Neuchâtel, 1911.

- DEFRÉNOIS. — *Commentaire de la loi du 16 novembre 1912* dans Répertoire général du notariat, 1913, p. 1 à 88.
- DELZONS. — *La Famille française et son évolution*. Paris, Colin, 1913. — *La Recherche de la paternité*, dans *Revue des Deux-Mondes*, février 1913, p. 609 et suiv.
- DEMOLOMBE. — *Traité de droit civil*. De la Paternité et de la Filiation, t. V, 6^e édit.
- Denkschrift zu dem, dem Reichstage vorgelegten, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, 1895-1897.
- DERNBURG. — *Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens*, vol. IV. Hall, 1903.
- DUPRÉ LA TOUR. — *De la Recherche de la paternité en droit comparé et principalement en Suisse, en Angleterre et en Allemagne*. Thèse, Paris, Rousseau, 1900.
- DUSI. — *Sul disegno di legge circa le indagini della paternità naturale*. Riv. diritt. civ. 1909, p. 33 et suiv.
- EGGER. — *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, vol. II, 4^e livraison. Das Familienrecht, Zürich, Schulthesz, 1912.
- ENDEMANN. — *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, vol. II, 8^e et 9^e éd. Berlin, 1908.
- ENNECCERUS et LEHMANN. — *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, vol. II. Das Familienrecht, Marburg, 1912, 5^e édit.
- ESMEIN. — *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 8^e édit. Paris 1907.
- ESQUIROS. — *Les enfants trouvés*, dans *Revue des Deux-Mondes*, 1846, p. 1012 et suiv.
- FENET. — *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827-1828.
- FOURNEL. — *Traité de la séduction considérée dans l'ordre judiciaire*, Paris, 1781.
- FUSTEL DE COULANGES. — *La Cité antique*. Paris, Hachette, 1910, 21^e édit.
- GABBA. — Nuove questioni di Diritto civile. *La Dichiarazione della paternità illegittima e l'articolo 189 del codice civile italiano*, p. 293 et suiv. Turin, Bocca, 1906.

- GALLO. — *La Ricerca della paternita*. Thèse, Coni, 1911.
- GALOPIN. — *La Filiation illégitime et la vraisemblance de paternité naturelle*. Bruxelles, Van Fleteren, 1909.
- GASTAMBIDE. — Note dans Dalloz, 1913.2.329.
- GAUDEMET. — *Revue trimestrielle de droit civil*, 1905, p. 936 ; 1910, p. 872 ; 1913, p. 174, 401 et suiv. ; 606 et suiv. ; 794 et suiv. ; 1914, p. 105 et suiv., 218 et suiv.
- GIANTURCO. — *Sistema di diritto civile italiano*.
- GIDE. — *De la condition de l'enfant naturel et de la concubine dans la législation romaine*, Paris, 1880.
- GIRARD. — *Manuel élémentaire de droit romain*, 5^e édit. Paris, Rousseau, 1911.
- GIRAUD. — *La vérité sur la recherche de la paternité*, dans *Revue critique*, 1884, p. 605 et suiv.
- DE LA GRASSERIE. — *De la Recherche et des effets de la paternité naturelle*, Paris, Pedone, 1893. — *De la parenté en droit comparé*, dans *Revue critique*, 1906 et 1907.
- GRAULICH. — Note sur la *Recherche de la paternité en Belgique, à Monaco et en Hollande*, dans *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1912, p. 103.
- GUILLIER. — Rapport au Sénat. *J. Off. Doc. parl. Session extraord.* n° 369, 21 déc. 1908.
- HACHENBURG. — *Die Rechtsstellung des unehelichen Kindes*. Mannheim, 1895.
- HALÉWYCK. — *La Recherche de la paternité et la condition des enfants naturels en Allemagne*, Bruxelles, Larcier, 1906.
- D'HAUSSONVILLE. — *Le Combat contre le vice*. *Revue des Deux-Mondes*, 1887, t. I et VI.
- HIRSCH. — *Die Rechtsverhältnisse der unehelichen Kinder nach dem bürgerlichen Gesetzbuche*, Stuttgart, 1897.
- HORION. — *Sur la protection de l'enfance. Commentaire de la loi belge du 15 mai 1912*. Bruxelles, Scheler, 1913.
- HUBER. — *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechtes*. Bâle, 1886-1893. Vol. I et IV. — *Exposé des motifs de l'avant-projet fédéral de justice et police*, t. I, Berne, 1901.
- HUC. — *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. III, Paris, 1892.

- JACQUIER. — *Des preuves et de la recherche de la paternité naturelle*. Grenoble, 1874.
- JASTROW. — *Das Recht der unehelichen Kinder*. Berlin, 1901.
- KOM-BER. — Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs, 1895-1897.
- KUHLENBECK. — *Von den Pandekten zum bürgerlichen Gesetzbuche*, 3^e part., Berlin, 1901.
- LAURENT. — *Principes de droit civil français*, t. IV et supplément.
- LAVOLLÉE. — *Code Manuel de la recherche de la paternité. Commentaire de la loi du 16 novembre 1912*. Paris, Pichon et Durand Auzias, 1913. — *Revue critique*, 1914, pp. 152 et suiv.
- LECLERCQ. — *Travaux parlementaires de la loi belge du 6 avril 1908 sur la recherche de la paternité et de la maternité de l'enfant naturel*. (Extraits de la Pasinomie, précédés d'un commentaire). Bruxelles, Bruylant, 1908.
- LEHR. — *De la situation juridique des enfants naturels dans Revue de droit international et de législation comparée*, 1905, p. 619 et suiv. — *Eléments de droit civil anglais, scandinave, russe, etc.*
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE. — *La famille et le Code civil. Livre du Centenaire*, t. I, p. 264 et suiv., Paris, 1904. — Article sur le projet Sambat. *Rev. trimestr. de droit civil*, 1905, p. 936 et suiv.
- VON LISZT. — *Die Pflichten des auszerehelichen Konkubenten (mit Berücksichtigung des schweizerischen Rechts)*. Vienne et Leipzig, 1907.
- LOCRÉ. — *Législation civile, commerciale et criminelle de la France*. Recueil des discussions et travaux préparatoires de nos Codes, Paris, 1829-1832.
- MANTEY. — *Die Rechte des unehelichen Kindes und seiner Mutter nach dem preussischem Rechte im Gebiete des allgemeinen Landrechtes und dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich*. Königsberg, 1897. — *Alimente*, Breslau, 1900.
- MARCADÉ. — *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 7^e édit.
- MENGER. — *Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*. Tübingen, 1904. — *L'Etat socialiste*, traduit par Edg. Milhaud Paris, 1904.
- MENTHA. — *La Recherche de la paternité*. Etude de droit civil fédéral. Neuchâtel, 1885. — Articles dans la *Zeitschrift für schweiz. Recht*.

- MOHR. — *Die Vaterschaftsklage des schweizerischen Zivilgesetzbuches und ihre historische Grundlage*. Berne, Stämpfli, 1912.
- DE MOLINARI. — *La Recherche de la paternité dans Revue des Deux-Mondes*, 1^{er} décembre 1875, p. 612 et suiv.
- Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, vol. IV. Familienrecht. Berlin, 1888.
- NAGORSKI. — *Das Rechtsverhältnisz des unehelichen Kindes zu seinem Erzeuger, nach deutschem und französischem Recht in geschichtlicher und rechtsvergleichender Darstellung*. Zürich, 1908.
- NAQUET. — Note dans *Journal du Palais*, 1913.2.65.
- OPET. — *Das Verwandtschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich*. Berlin, Vahlen, 1899.
- PERREAU. — Article sur *projet Sembat*, dans *Revue critique*, 1906, p. 303 et suiv.
- PEYER. — *Die familienrechtliche Stellung der unehelichen Kinder im schweizer. Privatrecht*. Zürich. Schulthesz, 1908.
- PILET. — *Der Rechtsgrund der Alimentationsverbindlichkeit des ausserehelichen Vaters, mit besonderer Berücksichtigung der exceptio plurium concumbentium*. Magdebourg, Baensch, 1900.
- PILON. — *Réforme du Code civil par voie de revision générale. Livre du Centenaire*, p. 935 et suiv.
- PLANCK. — *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, volume IV. Familienrecht. Berlin, 1906.
- PLANIOL. — *Traité élémentaire de droit civil*. Paris, Pichon et Durand Auzias, 6^e édit.
- LE PLAY. — *La réforme sociale en France*, t. I.
- POETZSCH. — *Die rechtliche Stellung der unehelichen Kinder nach dem B. G. B. §§ 1705-1718*. Leipzig, Wigand, 1905.
- POUZOL. — *La recherche de la paternité*. Paris, Giard et Brière, 1902.
- Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs*. Berlin, Guttentag, 1897.
- Réforme sociale*. — Articles de J. Michel, 16 août 1888 et 16 fév. 1894. — Lacoïnta, 1889, p. 264. — Gigot, 1897, p. 769 ; 1902, p. 189 ; 1912, p. 645.

- REHFOUS et MARTIN. — *Introduction à l'étude du Code civil suisse*. (Droit de la famille. — Droit de succession). Genève, 1908.
- REININGHAUS. — *Gerechtigkeit und wirksamen Rechtsschutz schaffe das schweizerische Zivilgesetz für die ausserheliche Mutter und ihr Kind*. Zurich, Art. Institut Orell Füssli, 1905.
- RIGAUD. — *La loi du 16 novembre 1912 et ses conséquences sociales*. Revue du mouvement catholique, juillet 1913.
- RIVET. — *La recherche de la paternité*, Paris, Dreyfous, 1890.
- ROBERT. — *De la condition juridique de l'enfant naturel dans le Code civil suisse et dans le Code civil allemand*. Thèse, Genève, Kündig, 1912.
- ROSSEL. — *Manuel du droit fédéral des obligations*, 2^e édit., Lausanne, 1905.
- ROSSEL et MENTHA. — *Manuel du Droit civil suisse*, t. I, Payot, Lausanne, 1912.
- ROUX. — *De la condition juridique des enfants naturels dans le Code civil allemand*. Thèse, Paris, 1902.
- SCHNETZER. — *Die rechtliche Stellung der unehelichen Kinder nach dem bürgerlichen Gesetzbuch*. München, 1902.
- STAUDINGER-ENGELMANN. — *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuche*, vol. IV, Familienrecht, München et Berlin 1910,
- STOBBE. — *Handbuch des deutschen Privatrechtes*, 3^e édit.
- TANON. — *L'évolution du droit et la conscience sociale*, 3^e édit., Paris, Alcan, 1911.
- TAUDIÈRE. — *Les lois françaises contre la famille*. Paris, De Gigord, 1913.
- Thèses de MM. Ledreux, Fournier, Réveillaud, Dulac, Papillian, etc.
- DELLA TORRE DE LAVAGNA. — *La recherche de la paternité naturelle en Italie et en France*, Paris, Marchal et Billard, 1892.
- VIGIÉ. — *Commentaire de la loi du 16 nov. 1912*. Lois nouvelles 1913.
- VIOLLET. — *Histoire du droit civil français*, 3^e édit., 1905.
- VIOLLETTE. — *La recherche de la paternité*. Rapport à la Chambre, publié en fascicule chez Giard et Brière, Paris, 1913.

VIVIANI. — Rapport à la Chambre des Députés, *J. Off.*, Doc. parl., sess. extraord., n° 2078, 24 déc. 1900.

WAHL. — *La recherche de la paternité d'après la loi du 16 novembre 1912. Revue trimestrielle de droit civil*, 1913, p. 1 et suiv.

WEBER. — *Das Recht der unehelichen Geburt in der Schweiz*, Zürich, 1860.

WINDSCHEID KIPP. — *Lehrbuch des Pandektenrechtes*, vol. II, Francfort-sur-le-Mein, 1906.

Nous avons également consulté des articles de revue parus dans les périodiques suivants : *Revue trimestrielle de droit civil* ; *Bulletin de la Société de législation comparée* ; *Revue critique* ; *Annuaire de législation étrangère* ; *Archiv für die civilistische Praxis* ; *Budische Rechtspraxis* ; *das Recht* ; *deutsche Juristen Zeitung* ; *juristische Wochenschrift* ; *Seufferts Archiv* ; *Seufferts Blätter für Rechtssanwendung* ; *Statistisches Jahrbuch für das Deutsche Reich* ; *Zeitschrift für schweizerisches Recht* ; *Zeitschrift des Berner Juristenvereins*, *Journal des Tribunaux*, *Pasicrisie belge*, etc...

PRÉFACE

La paternité est un fait physiologique qui, n'étant marqué par aucun signe distinctif, échappe à toute constatation d'ordre scientifique, et n'est susceptible d'aucune preuve directe. Ce fait est dérobé aux recherches les plus subtiles et est couvert d'un voile impénétrable. Au contraire, la maternité se révèle par les signes extérieurs de la grossesse et par un acte facile à constater : l'accouchement. C'est de cette inégalité naturelle que sont nées toutes les difficultés juridiques relatives à la preuve de la filiation.

Homère fait dire au fils même de la vertueuse Pénélope :

Μήτηρ μὲν τὲ μὲ φῆσι τοῦ ἔμμεναι, αὐτὰρ ἔγωγε
Οὐκ οἶδ' οὐ γάρ πώ τις ἐὼν γόνον αὐτοῖς ἀνέγνω (1).

Et les Latins exprimaient cette vérité naturelle dans l'adage qui devait dominer toute l'évolution du droit sur ce sujet : *Mater semper certa, pater vero incertus est*. Aujourd'hui encore, nous ne pouvons que répéter cet aveu d'impuissance. Malgré tous nos efforts, nous n'avons pu percer le mystère de la conception, car il est lié au grand problème de la vie, et il semble que ce domaine doive rester à jamais fermé à l'intelligence humaine. « Le secret
« de la paternité, disait Duveyrier, au Corps législatif,
« épouvante presque seul et tient enchaînées les tentatives
« ambitieuses de l'homme, et les Aristote comme les
« Alexandre ne cherchent même pas dans les lois mysté-
« rieuses de la reproduction des êtres un moyen de dis-
« cerner l'enfant auquel ils donnent le jour ». Nous ne

(1) Homère. *Odyssée*. Chant I, vers 215, 216.

pouvons donc demander à la science le mot de cette troublante énigme. Elle poursuit ses investigations, mais, en attendant d'arriver à quelque résultat appréciable, elle garde un silence prudent. Cette attitude lui convient : elle est, par excellence, l'attitude scientifique qui, en l'absence de faits précis et de preuves certaines, s'abstient de porter un jugement. Mais cette réserve n'est point permise au législateur : il se trouve aux prises avec la vie qui réclame une réponse immédiate ; des questions se posent chaque jour, qui exigent une solution rapide et définitive ; les rapports sociaux ont besoin d'être sûrement réglés. Le savant peut différer sa décision ; le législateur ne peut user de moyens dilatoires. La loi est faite pour l'action, et l'attitude qu'elle impose est totalement différente de celle qu'adopte l'homme de science. Elle ne peut se satisfaire d'une réponse purement négative ; la critique est un point de vue qu'elle n'admet point. L'action, c'est le choix d'une solution, c'est souvent un parti pris qui n'est point toujours conforme à la raison. Mais la vie est là qui ne cesse de s'écouler, de se renouveler et d'interroger ; elle ne peut attendre que la science trop lente dans ses progrès ait trouvé le secret du mystère de la génération paternelle.

En face d'un problème aussi délicat, le législateur s'est trouvé fort embarrassé. La preuve directe de la paternité est impossible et, cependant, on ne peut abandonner à d'éternelles discussions et remettre constamment en question la filiation des individus. Il en résulterait de graves troubles dans les rapports sociaux. Le législateur primitif n'a aperçu qu'un moyen unique de se tirer d'affaire. Comme il est impossible d'attribuer avec certitude un enfant à un homme déterminé, il faut attendre que celui-ci, de lui-même, ait fait l'aveu de sa paternité ou ait manifesté l'intention d'accepter l'enfant dans sa famille. Aussi trouvons-nous dans la plupart des législations anciennes des traces d'une cérémonie spéciale par laquelle le père révèle sa paternité et admet l'enfant comme sien. Tantôt c'est une déclaration faite devant une assemblée tantôt la volonté du père se manifeste par le don de ca-

deaux à l'enfant ou l'envoi de témoins à son baptême. On rapporte même un curieux usage qui est, paraît-il, encore pratiqué dans le pays basque et dans certaines régions de l'Hindoustan : quand une femme est en travail d'enfant, c'est l'homme qui se croit le père et veut affirmer sa paternité qui se met au lit, simule les gestes, profère les cris et gémit les plaintes d'une femme en gésine ; pendant ce temps, la mère, placée dans un lieu retiré, met au monde l'enfant. C'est l'institution connue sous le nom de « couvade ».

Mais laisser ainsi la preuve de la filiation de l'enfant à la discrétion du père, c'est présumer de sa bonne volonté et de sa loyauté. Bientôt l'on s'aperçut qu'il fallait trouver autre chose. Dès lors le législateur, comprenant qu'il ne pouvait résoudre la question en la prenant de face, l'attaqua de biais. Certes, le fait même de la paternité ne peut être établi de façon certaine et directe ; mais on peut déjà démontrer l'existence de relations sexuelles entre un homme et une femme. Cependant, si l'on s'en tenait là, on aurait guère fait avancer la question : elle resterait entière. Car de tels faits ne pourraient que très rarement être attestés par des témoins ; et puis, il ne sont pas concluants ; de ce qu'un homme a eu des rapports intimes avec une femme, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'il soit le père de l'enfant. A raison de certaines circonstances naturelles ou artificielles, les rapports sexuels ont pu être privés de leur effet normal. Il faut donc remonter plus haut. On peut prouver, par exemple, très facilement, que tel homme et telle femme ont contracté mariage et qu'ils ont une vie commune. Partant de ce fait certain, on présume qu'il existe entre eux des rapports intimes et que l'enfant, né de la femme, a été conçu des œuvres du mari. Ainsi, en procédant par voie inductive, le législateur parvient à la connaissance de la vérité. D'un fait certain, bien établi, il conclut à la réalité d'un autre fait qui n'est pas susceptible d'une preuve directe. C'est la définition même de la présomption légale. Il y a même, dans ce cas, deux présomptions superposées ; de la preuve du mariage, on conclut à l'existence de rapports sexuels et l'on établit une

relation de cause à effet entre ces rapports et la conception de l'enfant. De la sorte, contraint par les nécessités de la vie, le législateur arrive à trancher une question devant laquelle les plus grands savants restent muets.

Ces présomptions conduisent, d'ailleurs, ordinairement à la vérité ; elles sont fondées sur le *plerumque fit* ; et les choses se passent le plus souvent comme elles l'indiquent. Mais elles ont moins pour rôle de pénétrer la réalité que d'assurer la stabilité des rapports sociaux. La présomption est, avant tout, un expédient imaginé par le législateur dans un intérêt social. La société ne peut subsister et prospérer, si l'état civil de ses membres est l'objet de contestations sans fin, si les biens des individus sont menacés par des procès sans issue. Elle réclame l'ordre et la permanence ; il lui faut des situations nettes et définitives. Aussi adopte-t-elle ces principes rigides qui tranchent uniformément les plus graves difficultés et résolvent les problèmes les plus complexes. Sans doute, à raison même de sa netteté, cette méthode donne parfois des solutions fausses. Mais, en matière sociale, étant données la variété infinie de la vie et l'impossibilité où l'on est de la saisir dans ses moindres détails, une règle est bonne, dès lors que dans la généralité des cas, elle conduit à la vérité et assure l'ordre. Or, la famille est l'élément fondamental de la société. Celle-ci a donc un intérêt primordial à favoriser sa création et son développement à l'aide de règles fixes et immuables qui lui assurent une position stable. A l'enfant né d'un légitime mariage, la société donne un père dès le jour de sa naissance. Sans s'occuper des circonstances, des particularités de chaque espèce, elle arrête invariablement son choix sur le mari de la mère et attribue à cet homme, lui impose même la paternité de l'enfant qui vient de naître. « Le mari, dit Montesquieu, a beau avoir « de bonnes raisons de ne pas se croire le père, la loi le « croit pour lui et le soulage de l'examen de ses scrupules » (1). Sans doute, le législateur offre au mari le moyen de faire appel de sa décision en lui ouvrant l'ac-

(1) Montesquieu. *Lettres persanes*, 86^e lettre.

tion en désaveu, mais il a enfermé ce moyen suprême dans des limites si étroites et l'a suspendu à des conditions si sévères que l'homme ne peut, que dans des hypothèses exceptionnelles, contredire cette règle établie dans l'intérêt supérieur de la société.

Tel est donc le subterfuge employé par le législateur pour arriver à résoudre l'énigme de la génération paternelle et la soustraire aux discussions infinies et aux décisions contradictoires des individus. « Il n'est pas toujours possible, dit M. Bonnier, d'arriver à la connaissance parfaite de la vérité dans chaque cas particulier, et, cependant, les nécessités sociales ne permettent pas toujours de suspendre son jugement et de s'abstenir. La stabilité de l'état des personnes, celle des propriétés, enfin le besoin de calme et de sécurité pour une foule d'intérêts précieux, obligent le législateur à tenir pour *vrais* un grand nombre de points qui ne sont pas démontrés, mais dont l'existence est établie par une induction plus ou moins puissante. *L'ordre politique, comme l'ordre social, ne repose que sur des présomptions légales.* L'aptitude à exercer certains droits, à remplir certaines fonctions, ne se reconnaît qu'au moyen de certaines conditions déterminées *a priori*, une vérification spéciale pour chaque individu étant évidemment impraticable... Ce que le législateur examine surtout, ce n'est pas si le fait connu réunit tous les caractères suffisants pour rendre probable le fait inconnu, mais seulement si l'intérêt *social* exige que l'on conclue de la constatation de l'un à l'existence de l'autre. Les principes sur les présomptions légales ne se rattachent plus à la foi du témoignage, ce sont des règles de protection établies pour le bien général » (1).

Ainsi, la preuve de la paternité n'apparaît plus comme impossible à rapporter. Si elle peut être fournie dans le mariage, elle doit également pouvoir l'être, hors du mariage. Et c'est ce qu'a enfin compris le législateur moderne.

(1) Bonnier. *Traité théorique et pratique des preuves*, p. 673, § 835.

Sans doute le problème se pose dans des termes quelque peu différents. La fidélité de l'épouse est une garantie que l'on ne rencontre pas au même degré chez la maîtresse. De plus, les individus qui se sont mis hors la loi ne sont pas fondés à réclamer ses faveurs. Cependant, si l'on arrive à établir la réalité de faits tels que l'enlèvement, le viol, la séduction, le concubinage qui impliquent l'existence de rapports intimes, pourquoi ne présumerait-on pas que le ravisseur, le séducteur, le concubin est le père de l'enfant naturel? L'état de concubinage par exemple est analogue en fait à l'état de mariage: il ne lui manque que la consécration légale. Pour marquer cependant les différences qui séparent ces deux situations, différences résultant des moindres garanties de fidélité de la femme et de l'irrégularité de l'union, il suffit d'édicter à la place d'une présomption légale une présomption simple qui ne vaudra point par elle-même, mais n'aura de valeur, qu'autant qu'elle sera corroborée et confirmée par les autres faits de la cause. Si les rapports entre le défendeur et la mère sont bien démontrés, et que d'autre part, celle-ci n'a pas eu commerce avec d'autres hommes au cours de la période pendant laquelle la conception de l'enfant a dû se placer, il est bien certain que l'individu poursuivi est réellement le père de l'enfant.

Telle est la solution qu'imposaient la logique et la justice, et l'on s'étonne qu'elle ait été si longtemps repoussée. Si à l'aide d'une présomption, le législateur peut aussi aisément résoudre la question de la génération paternelle, pourquoi le problème de la recherche de la paternité naturelle se pose-t-il et pourquoi a-t-il suscité tant de vives discussions? La conception est un fait physiologique qui est soumis aux mêmes lois naturelles quelle que soit la situation juridique de l'homme et de la femme. Si la paternité légitime peut être prouvée, pourquoi la paternité naturelle ne le serait-elle point? La raison ne s'explique pas cette différence, mais c'est que précisément, sur ce point, elle est en contradiction avec la vie sociale. La question de la recherche de la paternité est, en effet, intimement liée au problème de la filiation illégitime; et

l'interdiction de cette recherche, qui a été longtemps la formule de notre Code, n'est qu'une des manifestations du sentiment de défaveur qui anime le législateur à l'égard des enfants naturels.

En effet, de tous temps, la conception hors mariage a été considérée comme une faute, un manquement grave aux règles de la société. La société est fondée sur la famille, qui en est, selon le mot de Le Play, « la cellule ». Les parents naturels ont essayé de se soustraire aux liens du mariage, aux obligations qu'il impose. Ils ont donné le plus fâcheux exemple d'insoumission aux lois ; ils ont appelé à la vie un enfant qui, pendant de longues années, aura besoin de secours matériels et moraux ; mais privé de toute assistance, n'ayant pas de famille qui l'élève et le protège, il tombe à la charge de la société. Aussi, pensant détourner les individus des unions illicites, le législateur réserve ostensiblement ses faveurs pour les enfants légitimes ; et même craignant qu'on ne se livrât à des recherches qui jetteraient le trouble et le scandale dans le corps social, il alla même jusqu'à interdire absolument aux enfants naturels de prouver leur filiation paternelle. Ce n'est donc point à raison des moindres garanties de fidélité de la fille-mère que le législateur jugeait la preuve de la paternité naturelle impossible à rapporter et qu'il en avait interdit la recherche, mais il était uniquement inspiré par ce qu'il estimait être l'intérêt de la société et de la famille.

Aux considérations d'ordre social contraires aux enfants naturels sont venues s'ajouter des considérations d'ordre religieux. Les enfants illégitimes ont toujours paru suspects à l'Eglise parce qu'ils sont les enfants conçus dans le péché : ce sont des êtres impurs. Il n'y a pas d'injustice à leur faire supporter le poids de la faute de leurs parents : c'est un dogme de la morale chrétienne ; et toute faute doit être expiée. « D'ailleurs, ce qui domine « pour la religion, bien plus que la question génétique, « c'est la question sexuelle qui lui est une véritable au- « tosuggestion. L'enfant naturel est le fruit de relations « non autorisées et, par conséquent maudites, puisque c'est « la génération civile seule qui, suivant elle, peut les ren-

« dre tolérables (1) ». De fait, l'on constate au cours de l'histoire que, si l'Eglise obéissant à un sentiment de charité et de générosité, a fait au père une obligation de secourir son enfant, par contre son influence a été en général défavorable aux enfants illégitimes. Elle a décidé le législateur à les frapper de déchéances ; elle-même, elle les tient à l'écart des ordres sacrés. Ainsi, par l'effet de considérations sociales et religieuses combinées, l'enfant naturel a été chargé du poids d'une faute dont il était innocent ; il a été à ce point inférieurisé qu'on alla même jusqu'à lui refuser le droit à la vie.

Ce droit, nous venons seulement de le lui reconnaître en France. Il a fallu que les juristes, les romanciers, les publicistes unissent leurs efforts, il a fallu que des propositions de loi et des rapports s'accumulent pendant près de quarante années sur les bureaux des Chambres, pour que l'article 340 disparaisse de notre Code. Cette réforme a passionné le monde du théâtre, de la presse et du Palais. C'est qu'en effet, elle ne pose pas seulement un problème juridique, mais encore et surtout un problème *social* et *moral*. Elle est un de ces sujets, sur lesquels on peut dire que « tout homme qui pense n'est pas seulement libre, « mais encore est presque tenu d'avoir une opinion. Là, où « l'ordre public et la morale générale se trouvent intéressés, ni la toque, ni la robe, ni l'hermine ne confèrent « plus de privilège » (2). Peut-être même, est-ce parce que cette réforme présente ce double aspect moral et social, qu'elle a rencontré une si vive résistance.

Certains voyaient dans la règle de la prohibition de la recherche de la paternité un moyen efficace pour mettre la famille à l'abri de toutes les attaques perfides, de toutes les manœuvres déloyales du chantage. Ils considéraient, que si l'on donnait une telle autorisation, on provoquerait dans le corps social les plus graves désordres, et l'on compromettrait la paix et la sécurité des gens de

(1) De La Grasserie. *De la parenté en droit comparé. Revue critique*, 1906, p. 614.

(2) Bérenger. *Questions de morale sociale*. A propos de la lettre de M. Rivet, 1883.

bien. Et, d'autre part, cette institution, qui laissait à la fille-mère toute la charge de l'enfant, ne constituait-elle pas le frein le plus puissant, destiné à préserver la femme contre les dangers de la séduction ? Celle-ci se montrerait plus prudente, plus réservée, et opposerait une résistance plus opiniâtre aux attaques des séducteurs. Raisonnement puéril, qui devait être cruellement démenti par la réalité. On avait renforcé la défense, mais on avait aussi favorisé l'attaque, en lui assurant l'impunité. Et d'ailleurs, quelle naïveté de croire à l'efficacité d'une prohibition légale sur les sentiments humains, et en particulier sur la passion de l'amour. « Lorsqu'une femme se livre à son séducteur, elle ne pèse pas le pour et le contre, et n'envisage point les conséquences de l'acte qu'elle commet. Il y a là un entraînement des sens, qui exclut le calcul et la réflexion, et si la femme voyait les choses d'aussi loin, elle aurait encore, une fois l'article 340 abrogé, les meilleures raisons de conserver avec sa vertu, l'honneur et la tranquillité de sa vie » (1). Aussi, loin de constater quelque amélioration dans les mœurs, on enregistra, au contraire, une diminution croissante de la moralité publique : les naissances illégitimes se multiplièrent, la fille-mère, abusée, trahie, tombée dans la plus cruelle des misères, abandonnait son enfant à l'assistance, à moins que, affolée par la honte et le désespoir, elle ne se livrât sur lui à quelque acte criminel. Cependant, le séducteur, dispensé par le législateur de toute réflexion désagréable, pouvait impunément renier l'enfant issu de ses œuvres, laisser sans secours la fille, dont il avait provoqué la chute, et courir, sans plus se soucier, vers de nouveaux plaisirs. Mais personne ne lui tient rigueur de cet acte inqualifiable de lâcheté ; avec une coupable indulgence, l'opinion l'appelle complaisamment un « péché de jeunesse » ! Elle ne s'attarde point à rechercher les conséquences douloureuses, parfois terribles, de cette peccadille ; par contre, elle s'acharne sur les victimes ; elle accable la fille-mère, la fille déchue, de son mépris et de ses risées. Et parfois, celle-ci, affolée par la misère, repoussée

(1) Rapport de M. Goujon sur la proposition Rivet, p. 26.

de tous, glisse sur la pente fatale du crime, ou tombe dans les bas fonds de la prostitution. Mais l'opinion est non moins sévère à l'égard de l'enfant naturel, du bâtard ; elle le rend solidaire avec sa mère dans l'expiation d'une faute dont il est innocent ; elle lui fait partager la douleur, les privations, la honte de la mère. Le jour où lui-même, l'enfant sans famille, perverti par une mauvaise éducation, privé de soins et de conseils, se révolte contre cette société barbare, et se laisse aller à commettre quelque acte de vengeance, cette société, qui est en partie responsable de l'abandon et du crime, se dresse devant lui, impitoyable, et le condamne sans pitié. Quant à l'homme, qui a été la cause véritable de ces terribles déchéances, le vrai coupable, il occupe dans le monde quelque situation élevée, il est comblé d'honneur ; il jouit de la considération et de l'estime publiques ; et peut-être est-il entouré par une foule d'auditeurs complaisants, quand, dans un coin de salon, entre deux parties de bridge, il pousse le cynisme ou l'inconscience jusqu'à narrer, avec vanité, ses « erreurs de jeunesse » !

C'est cette odieuse situation, qui a blessé notre conscience moderne, avide de justice et de réparation sociales. Notre âme, soucieuse, si sensible aux souffrances humaines, si accessible à la pitié, n'a pu supporter plus longtemps la vue d'un spectacle aussi douloureux. Renouant la tradition du passé, nous avons rétabli l'action en recherche de paternité naturelle, non sans l'avoir entourée de sérieuses garanties. Le dogme de l'irresponsabilité paternelle a disparu de notre Code ; la lâcheté et la veulerie ne trouvent plus en lui aucun appui. Cette grande réforme, si ardemment désirée, a été réalisée presque en même temps dans tous les grands pays européens. Nous nous proposons précisément, dans cette étude, de dégager l'évolution des idées modernes sur cette question, d'exposer et de comparer les principales réponses qui ont été faites au problème aussi délicat que captivant de la recherche de la paternité naturelle.

Cette grande réforme a fait naître les plus vastes espoirs. Elle se propose, en effet, pour but de réduire le nombre des naissances illégitimes, des avortements et des

infanticides, et de porter remède à la plaie inquiétante de la criminalité enfantine. Elle appartient à cette catégorie de lois qui ont une fin morale. « *Leges emendatrices vitiatorum et commendatrices virtutum* ». Selon le mot célèbre de M. Rivet, l'un des plus ardents adversaires de la prohibition de l'article 340 : « La loi doit être la conscience de ceux qui n'en ont pas ». Ainsi, il s'effectue un passage continu du domaine de la morale à celui de la loi. Quand une idée est ainsi imposée avec force par la conscience sociale, elle se traduit par un texte législatif et emprunte à la loi ses sanctions énergiques.

Quant à la question de savoir si cette réforme qui se recommande de motifs aussi généreux, réalisera tous les espoirs qu'elle suscite, il est malaisé de lui donner une réponse, au lendemain de la promulgation de la loi. Certains seraient tout disposés à considérer celle-ci comme devant opérer une révolution dans les mœurs. Nous estimons qu'il est plus prudent, afin de ne pas courir au devant des désillusions, de ne pas trop présumer d'elle. Il serait exagéré de la tenir pour la panacée universelle. Elle ne ramènera certes pas le règne de la vertu, elle ne préviendra pas toutes les chutes, toutes les erreurs. Dans le domaine du sentiment, l'influence du législateur est bien minime. L'amour parle et parlera toujours plus haut que toutes les lois. La réforme ne fera pas davantage disparaître entièrement la race de la « canaille en gants jaunes », dont parlait Vauvenargues ; il y aura toujours des Don Juan et des Turcaret, et des femmes prêtes à écouter leurs déclarations perfides ! Peut-être même, l'application de la loi révélera-t-elle certaines imperfections ? Mais toute institution humaine a ses défauts. « Un mal relatif est l'accompagnement de toute amélioration »(1) ; si l'on pesait ainsi avec tant de soin les avantages et les inconvénients d'une idée, on ne pourrait jamais prendre aucune décision ; et, restant dans l'inaction et le scepticisme, on se contenterait de répéter, après Montaigne, à qui l'on demandait s'il convenait de se marier ou non :

(1) De la Grasserie. *De la recherche et des effets de la paternité naturelle*, Paris, 1893, p. 113.

« Lequel des deux on fera, on s'en repentira ». M. Viollette, l'un des rédacteurs de la loi française, et ferme partisan de la réforme, disait lui-même, dans des paroles pleines de sagesse et de modération, que, parmi les nombreuses espérances suscitées par la loi nouvelle « certaines « seraient exaucées, et d'autres malheureusement déçues » (1).

« Ne nous faisons donc pas d'illusion » disons-nous avec un autre défenseur de la loi nouvelle, M. Guillier, rapporteur au Sénat français, « la loi n'aura pas pour résultat de supprimer les naissances irrégulières. Elle mettra simplement fin à une *injustice* légale contre laquelle « tout le monde proteste (2) ». Telle est bien la vraie raison d'être de l'abrogation de l'article 340. Quand bien même l'œuvre du législateur ne satisferait pas tous les souhaits, du moins elle aura effacé du Code une disposition, dont Jules Favre disait qu'elle était « la honte de « l'humanité ». Ce qui domine ici, c'est l'idée de *justice*, justice à l'égard de la mère qui supportait seule les conséquences d'une faute commune, justice à l'égard de l'enfant qui pouvait être impunément renié et abandonné. C'est précisément parce que cette réforme s'inspirait de considérations morales aussi élevées, qu'on avait pu voir des hommes, appartenant aux partis les plus divers, tels que Le Play, Accolas, Victor Hugo, MM. Jacquier, Rivet, Lacointa, Menger, s'unir dans un même élan de générosité et d'humanité, pour réclamer la disparition de cette iniquité légale.

Attendons, avec confiance, les « jours qui suivent », comme disait Pindare, « ce sont les témoins les plus sûrs ».

(1) Viollette. *Commentaire de la loi du 16 novembre 1912*. Giard et Brière, 1913. Avant-propos.

(2) Guillier. Sénat. Déb. parl. *J. Off.*, 15 juin 1910, p. 1503.

AVANT-PROPOS

Nous ne reprendrons pas dans ce travail l'examen théorique des objections classiques qu'on a coutume de formuler contre la recherche de la paternité naturelle. Elles ont été trop souvent étudiées et trop habilement réfutées pour qu'il soit utile de les combattre à nouveau et d'en montrer l'inanité. Si nous devons nous placer sur ce terrain, cette étude ne vaudrait pas la peine d'être faite. Il ne s'agit plus aujourd'hui de démontrer la nécessité d'une réforme de l'article 340. Ce vœu si ardemment désiré est enfin réalisé. Il faut maintenant se placer à un point de vue positif, étudier la loi que vient d'édicter le législateur français, l'apprécier et la juger par rapport aux lois des autres pays. Ce ne sont plus des souhaits qu'il faut formuler; ce sont des faits qu'il faut analyser et comprendre. De ce rapprochement fécond entre les diverses législations sur la question de la recherche de la paternité naturelle se dégageront d'elles-mêmes les solutions que comporte ce grave problème et les tendances vers lesquelles s'oriente le droit moderne. C'est cette évolution si curieuse et si mouvementée que nous voudrions retracer, avec ses progrès, ses régressions, ses transformations et ses luttes.

Le droit comparé a rarement offert aux investigations du juriste et du sociologue un champ d'expérience aussi vaste et aussi fertile. A l'histoire du sujet déjà si riche, viennent de s'ajouter dans le court espace de douze années, douze législations qui, dans des codes ou dans des lois spéciales, autorisent et réglementent la recherche de la paternité naturelle : le Code civil allemand de 1900, une loi russe des 3-16 juin 1902, une loi de l'Etat de New-York du 29 avril 1904, une loi suédoise du 17 mars 1905, une loi de l'Etat de Wisconsin du 1^{er} mai 1905, une ordonnance de la principauté de Monaco du 3 juillet 1907, une loi

belge du 6 avril 1908, une loi danoise du 27 mai 1908, une loi hollandaise du 16 novembre 1909, le Code civil suisse de 1907 entré en vigueur le 1^{er} janvier 1912, une loi française du 16 novembre 1912, enfin un projet italien qui sera voté incessamment.

Il nous semble que c'est dans cette impressionnante énumération que consistent à la fois la plus décisive réfutation des objections couramment adressées au principe de la recherche de la paternité et la justification parfaite de la nécessité de l'étude que nous entreprenons.

Après avoir demandé à l'histoire les renseignements qui constituent la base de ce travail, nous passerons à l'examen de l'organisation de la preuve de la paternité dans les législations modernes. Puis nous étudierons la contre-preuve, c'est-à-dire les moyens de défense réservés au défendeur ; nous détaillerons les importantes questions de l'attribution et de la transmission actives et passives de l'action en recherche de paternité, du délai et de la procédure. Dans une deuxième partie, nous déterminerons les effets de l'action en recherche de paternité et nous examinerons spécialement les grosses questions de la nature et de l'autorité du jugement, de l'obligation alimentaire entre parents naturels, du nom, de la vocation successorale, de la puissance paternelle. Puis nous consacrerons de longs développements aux mesures de protection prises dans l'intérêt de la famille légitime et aux mesures spéciales édictées contre le chantage. Le grave problème, très débattu en France de l'applicabilité dans le temps des lois relatives à la recherche de la paternité, mérite un examen minutieux.

Enfin, nous ne pouvons pas omettre de parler des droits spéciaux de la mère à l'égard du père naturel. Après avoir exposé et discuté les principales théories qui ont cours relativement au fondement du droit de l'enfant illégitime, nous dégagerons les conclusions que nous paraît comporter cette étude.

HISTORIQUE

DROIT ROMAIN

Les législations les plus anciennes se caractérisent par le silence le plus absolu à l'égard de la recherche de la paternité et de la condition des enfants naturels. Cette attitude peut paraître surprenante. Était-ce donc qu'il y avait dans l'antiquité moins d'enfants illégitimes que de nos jours ? La chose est peu probable, si l'on songe au grand nombre d'esclaves et d'affranchis, à la multiplicité des unions irrégulières qui existaient à côté des *justæ nuptiæ* et n'étaient point sanctionnées par la loi civile. Les enfants naturels devaient donc être fort nombreux. C'est donc que le problème de la recherche de la paternité ne se posait pas dans les mêmes termes où il se pose aujourd'hui.

Une telle situation tient à un certain nombre de raisons que nous allons essayer de dégager, raisons sociales, raisons juridiques et religieuses. Tout d'abord il convient de remarquer que les unions irrégulières n'étaient l'objet d'aucun blâme, ni d'aucune réprobation de la conscience publique. Sans doute elles n'étaient pas reconnues par la loi, elles étaient de simples états de fait, mais on ne les considérait pas comme contraires aux bonnes mœurs (1). Enfin la constitution autocratique de la famille ne permettait pas qu'il pût y avoir mariage légal en dehors des *justæ nuptiæ*; celles-ci n'étaient accessibles qu'aux seuls citoyens romains, jouissant du *jus connubii*; et encore ce droit était-il limité par certaines incapacités relatives fondées sur des considérations d'ordre politique ou sur des

(1) *Sane enim nisi dignitate nihil interest. Concubina ab uxore solo delectu separatur.* Paul, *Sentences*, 2. 20.

raisons de moralité publique : il fallait éviter les mésalliances, et les mariages entre proches parents, immoraux et souvent inféconds. Mais à côté de cette union réservée à une classe déterminée de la société, très fermée et très jalouse de ses privilèges, une foule d'unions irrégulières, *injustæ nuptiæ*, restaient permises : il y avait en particulier le *concubinatus*, concubinat, qualifié par une constitution du Bas Empire *inæquale conjugium* : c'était en effet l'union contractée entre deux personnes appartenant à un rang social différent. Il convient de remarquer qu'aucun sens péjoratif n'était attaché au mot *concubinatus*, comme aujourd'hui au terme concubinage par lequel on le traduit fréquemment et très imparfaitement. Cette union était parfaitement licite, honnête, et nullement déshonorante. Aussi le législateur est absolument indifférent à son égard ; il ne lui fait produire aucun effet juridique, mais ne la taxe pas de pénalités. C'est seulement le christianisme qui, par faveur pour le mariage légal, considérera toute autre union comme honteuse et frappera d'incapacités les enfants qui en sont issus. Ainsi donc les unions irrégulières ne sont l'objet d'aucune réprobation de la part de l'opinion publique ; les enfants naturels, très nombreux, ne sont marqués d'aucune tache. C'est par une indifférence complète de la conscience sociale et du droit que se caractérise à cette époque la situation juridique des enfants naturels. Le législateur ne s'occupait que d'organiser les droits de la caste des citoyens romains, qui constituait la force vive de cette société fortement hiérarchisée et fermée aux étrangers.

Il n'est pas inutile de chercher à définir les caractères de la famille romaine afin de marquer la situation de l'enfant illégitime par rapport à cette institution. Elle est essentiellement un groupe religieux et politique. C'est en effet autour de l'autel des dieux domestiques et du tombeau des ancêtres que se forme cette petite société qui comprend tous les hommes morts et vivants issus les uns des autres. Les vivants, pour obtenir la protection des morts, leur adressent des prières, leur font des libations, leur chantent des hymnes, leur apportent des offrandes ; et, en échange

de cette dévotion, les morts rendent leurs champs fertiles, leur moisson prospère et leurs cœurs vertueux. « Par là
« un lien puissant s'établissait entre toutes les générations
« d'une même famille et en faisait un corps éternellement
« inséparable (1). » Ainsi chaque groupe familial, chaque
« association religieuse », pratique un culte privé et accomplit des cérémonies secrètes. Tout individu qui ne fait pas partie du groupe ne saurait y participer : il est étranger, il est presque un ennemi. Chaque famille a des rites propres pour ses ancêtres qu'elle a divinisés. Aussi était-il fort difficile d'entrer dans cette société fortement individualisée et très fermée. Les enfants eux-mêmes qui naissaient ne faisaient partie de la famille qu'autant que le chef du groupe, le pontife de cette religion domestique, l'agréait et l'initiait au culte des morts. La naissance n'établissait, entre le père et le fils, qu'un lien purement physique ; seul l'acte de volonté du père constituait le lien moral, religieux et juridique, puisqu'à ces époques reculées la morale, la religion et le droit se confondaient. Quelques jours après la naissance, avait lieu une cérémonie d'Initiation, au cours de laquelle le chef décidait si l'enfant faisait partie ou non de la famille. S'il était admis, l'enfant entraînait dans cette « société sainte, dans cette petite église qu'on appelle la famille. Il en avait la religion ; il en pratiquait les rites, il était apte à en dire les prières ; il en honorait les ancêtres et, plus tard, il devait y être lui-même un ancêtre honoré » (2). Nous retrouvons, avec certains caractères propres et originaux, cette cérémonie d'initiation dans la plupart des législations anciennes (3). L'en-

(1) Fustel de Coulanges. *La cité antique*, L. I, ch. IV, p. 34-41.

(2) Fustel de Coulanges, *op. cit.*, L. II, ch. III, p. 54.

(3) Cet usage se rencontre dans les législations anciennes d'origine germanique. Voy. Dargun. *Mütterrecht*, p. 49. Le père reconnaissait l'enfant en public ou lui faisait un cadeau de terres ou de maisons. Wilda. *Zeitschrift. f. deutsch. Recht.* IV, p. 269 et suiv. Dans les droits du Nord, la poignée de mains vaut reconnaissance (*Handschlag*). Amira. *Obligation. Recht.* II, p. 317. Ailleurs, c'est le fait de demander le baptême pour l'enfant ou d'y envoyer des témoins. Ficker. *Über nähere Verwandtschaft*, p. 486. ... Salis. *Beiträge zur Geschichte der persönlichen Eherechts in Graubünden*, p. 107. En Espagne, la reconnaissance avait lieu devant le concejo. — Voy. aussi Maurer. *Die Wasserweihe*.

fant, légitime ou naturel, n'est pas attribué d'office à son père ; il est nécessaire que celui-ci le reconnaisse expressément. « La filiation même incontestée ne suffit pas pour
« entrer dans le cercle sacré de la famille ; il faut le
« consentement du chef et l'initiation au culte. Tant que
« l'enfant n'est pas associé à la religion domestique, il
« n'est rien pour le père » (1).

Aussi ne doit-on pas s'étonner si, sous un régime aussi sévère, il n'y ait pas place dans la famille pour l'enfant naturel. Celui-ci en est exclu, car il ne participe pas au culte des ancêtres et ne peut être initié à ces cérémonies rituelles que par un acte de volonté du gardien du foyer, par exemple par l'adoption. Ainsi le fils qui pouvait perpétuer la religion domestique devait être issu d'un mariage religieux. « Le bâtard, l'enfant naturel, celui que les Grecs
« appelaient *νόθος* et les Latins *spurius* ne pouvait pas
« remplir le rôle que la religion assignait au fils. En effet,
« le lien du sang ne constituait pas, à lui seul, la famille,
« et il fallait encore le lien du culte. Or, le fils né d'une
« femme qui n'avait pas été associée au culte de l'époux
« par la cérémonie du mariage, ne pouvait pas lui-même
« avoir part au culte. Il n'avait pas le droit d'offrir le
« repas funèbre et la famille ne se perpétuait pas par
« lui » (2). Pour la même raison, l'enfant n'avait pas droit à l'héritage, car le fondement du droit de succession dans l'antiquité, repose sur la continuation de la religion domestique. Le devoir de l'héritier est de continuer la série des offrandes faites aux morts : il ne peut incomber à celui qui n'est pas investi de cette fonction sacrée. Enfin, le père n'exerce pas sur l'enfant naturel la puissance paternelle, car cette puissance a pour principe et pour condition le culte domestique. « Le fils né du concubinat n'est pas
« placé sous l'autorité du père. Entre le père et lui il
« n'existe pas de communauté religieuse, il n'y a rien qui
« confère à l'un l'autorité et qui commande à l'autre

(1) Fustel de Coulanges, *op. cit.*, I, II, ch. VIII, p. 99.

(2) *Idem*, I, II, ch. III, p. 52.

« l'obéissance. La paternité ne donne, par elle seule, aucun droit au père » (1).

Mais le père n'était pas seulement un chef religieux, il était aussi un chef politique. Il groupait autour de lui tous les individus qui lui étaient unis par les liens du sang ou qu'il admettait par un acte de volonté. La famille était une sorte de corporation composée des éléments les plus divers, non seulement des descendants du *pater*, mais aussi d'étrangers, tels que les affranchis. Les membres de cette société s'entraident mutuellement, et le chef leur doit protection. « Le maximum d'hétérogénéité joint à la « plus solide intégration » (2), tel est le caractère dominant de la famille antique. Mais quel est donc son fondement ? Elle repose exclusivement sur la puissance du chef de famille, *patria potestas* ; ce chef s'appelle le *paterfamilias*. Le père exerce ces pouvoirs, dont l'étendue est légendaire, sur la femme, les enfants de famille, les personnes adoptées ou adrogées ; il peut les exposer, les aliéner, les réclamer, comme il le ferait d'objets dont il est propriétaire ; il a sur eux le droit de vie et de mort. La *patria potestas* se caractérise donc surtout par un droit de propriété sur les individus en puissance, et cette idée se concilie fort bien avec le système d'après lequel les premiers enfants en puissance de leur père auraient été ceux qu'il avait eus de captives prises ou achetées à l'étranger et qui lui appartenaient au même titre que les enfants de ses esclaves et le croît de ses troupeaux (3). Il en résulte qu'il n'était pas même nécessaire d'être marié, ni même d'avoir des enfants pour exercer la *patria potestas* et être un *paterfamilias*. L'idée de puissance est absolument indépendante de celle de paternité (4). *Recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non*

(1) Fustel de Coulanges, *op. cit.*, l. II, ch. VIII, p. 96.

(2) Lalande. *La dissolution opposée à l'évolution*, p. 317.

(3) Voy. Girard. *Manuel de droit romain*, p. 136 et note 3, p. 135.

(4) May. *Précis de droit romain*, n° 34, p. 86.

habeat (1). Il suffit, pour être un *paterfamilias*, d'être mâle et *sui juris*. Inversement il n'est pas indispensable, pour être *filius familias*, d'être issu de justes noces, ni même d'avoir été engendré par le *pater*: il suffit d'avoir été de sa part l'objet d'un acte de volonté par lequel il vous a admis dans sa famille, vous a fait son héritier, et a acquis également sur vous la puissance paternelle : ces actes sont l'adoption, l'adrogation, la légitimation. Grâce à eux, le *pater* peut conférer les droits les plus étendus à des étrangers et, particulièrement, à ses enfants naturels nés d'unions irrégulières. Nous avons même vu que, dans le droit primitif, l'enfant légitime lui-même devait être l'objet d'une reconnaissance formelle de son père.

Ainsi donc, cette autorité absolue et souveraine du chef, la *patria potestas* est la clef de voûte, la « colonne maîtresse de la famille romaine » (2). Celle-ci, à la différence de la famille moderne, n'est nullement fondée sur la communauté du sang, mais exclusivement sur la puissance du *paterfamilias*. Il n'est pas nécessaire d'être issu du *pater* pour faire partie du groupe ; et inversement cela n'est point suffisant : il faut et il suffit d'être sous son autorité. Dès lors à l'égard du père, il ne peut y avoir qu'une seule parenté : celle qui est fondée sur la *patria potestas*, la parenté civile, *agnatio*. Et, de fait, le vieux droit romain ne connaissait comme parenté que l'*agnatio*, c'est-à-dire le lien civil qui unissait toutes les personnes se trouvant soumises à la même *patria potestas*. On ne saurait donc parler, en droit romain, de paternité légitime et de paternité naturelle. Cette distinction ne présente absolument aucun sens. Il n'y a à Rome que des pères de famille, *pateres familiæ*. L'enfant illégitime est donc ignoré ; il peut avoir la condition la plus misérable, comme la plus brillante : tout dépend de la volonté de son père.

Il ne peut se prévaloir de ce que sa filiation paternelle est établie et prouvée, car la parenté ne se fonde pas sur

(1) Ulpien. D. 50. 16 De V. S. 195. 2. Les termes *pater* (protecteur) et *genitor* (qui engendre), sont distincts.

(2) Girard, *op. cit.*, p. 136.

la communauté du sang ; si le père ne l'admet pas dans sa famille, l'enfant lui reste étranger et ne peut rien lui réclamer. Au contraire, s'il tombe sous la puissance de celui-ci, il acquiert les droits les plus étendus des enfants issus de justes noces. Dans le système du droit primitif, qui basait uniquement la parenté sur le lien de puissance, l'enfant naturel n'est rattaché ni à son père ni même à sa mère. Car il n'existe qu'une parenté unique, la parenté civile, seule reconnue par la loi, l'*agnatio*. Elle a pour fondement exclusif la *patria potestas*, qui ne peut appartenir qu'à l'homme ; jamais les femmes n'en peuvent être investies. La parenté naturelle est donc, à cette époque, complètement ignorée de la loi, tant du côté paternel que du côté maternel. Aucun droit n'est conféré à l'enfant illégitime ; de même qu'aucune incapacité, aucune déchéance ne le frappe.

Mais, peu à peu, une autre notion va naître et se développer : c'est celle de la parenté naturelle, fondée uniquement sur les liens du sang, indépendante de l'idée de mariage légitime et de l'idée de puissance. La *cognatio*, ou parenté naturelle, va donc s'opposer à l'*agnatio*, ou parenté civile. La première dérive de la seule communauté d'origine ; la seconde est basée sur la *patria potestas*, dont les sources sont limitativement déterminées : le mariage légitime, l'adoption, la légitimation. Cette nouvelle notion de la parenté, qui n'a rien d'artificiel, va grandir à côté de la parenté civile ; peu à peu les droits qui sont attachés à cette dernière lui seront conférés ; et un jour même elle sera définitivement substituée à l'ancienne *agnatio*, fondée sur la *patria potestas*. Consacrant une évolution depuis longtemps réalisée, Justinien supprimera toute distinction entre la parenté civile et la parenté naturelle, et n'en reconnaîtra d'autre que celle qui est fondée sur la communauté du sang. Ce devait être là l'une des idées les plus fécondes du droit romain. Mais les progrès du droit sur ce point avaient été très lents. Pendant fort longtemps, l'unique effet de la parenté naturelle consistait dans des empêchements au mariage entre cognats. Les droits de succession réciproques ne leur furent reconnus que beau-

coup plus tard, d'abord par le prêteur, qui créa, en leur faveur, la *bonorum possessio unde cognati* (1), puis par les Sénatus consultes et les Constitutions impériales (Sénatus consultes Tertullien (2) et Orphitien (3), Constitutions de Valentinien II, Théodose et Arcadius). Comme la vocation successorale est uniquement fondée sur les liens du sang, tous les enfants viennent à la succession de leur mère, sans distinction, qu'ils soient ou non issus de justes noces.

Étant données ces notions fondamentales, on comprend aisément quelle peut être la condition de l'enfant naturel. Il n'est rattaché à son père par aucun lien, puisque l'unique lien de parenté qui pourrait l'unir à lui est un lien de parenté civile, exclusivement fondé sur la puissance paternelle (4). Il ne devient donc son parent que s'il tombe sous cette puissance que si son père l'admet dans sa famille, par suite d'adoption ou de légitimation : il devient alors son agnat. Quant à la recherche de la paternité, on ne relève contre elle aucune prohibition légale. C'est toujours le même silence de la loi ; et, en effet, il n'existe, à l'égard du père, que la seule parenté légitime ; la recherche de la paternité naturelle n'a aucune raison d'être : la question ne se pose pas. L'enfant était parfaitement libre d'invoquer la possession d'état, des aveux émanés du père, par exemple, pour prouver sa filiation ; elle pouvait également être constatée en justice. Mais la paternité fût-elle de façon certaine établie et connue, elle n'engendrait aucun effet de droit. L'enfant restait étranger à son père ; il ne pouvait pas même lui réclamer des aliments. C'est que la paternité est impuissante à fonder la parenté ; celle-ci ne peut naître que de la *patria potestas*, qui résulte uniquement des *justæ nuptiæ*, de l'adoption et de la légiti-

(1) *Dig. Unde cognati*, XXXVIII.

(2) *Dig. ad Sénatusconsult. Tertull*, XXXVIII, 17.

(3) *Dig. ad Sénatusconsult. Orphit*, XXXVIII, 17.

(4) *Vulgo quæsitos nullum habere adgnatum manifestum est, cum adgnatio a patre, cognatio, sit a matre, hi autem nullum habere patrem intelliguntur*. Inst. 4. *De successione cognatorum*. 3. 5.

mation. L'idée de paternité est indépendante de celle de parenté. Mais, si l'enfant naturel ne pouvait, légalement, rien réclamer de son père, il pouvait tout espérer de sa bienveillance et de sa générosité. Aucune incapacité ne le frappe. Le père peut l'adopter, le légitimer, l'instituer son héritier ; il peut lui faire les donations les plus larges ; il peut même exhérer ses enfants légitimes et les réduire à leur réserve, pour transmettre la plus grande partie de son patrimoine à son enfant naturel. Il *peut* faire toutes ces choses, mais rien ne l'y oblige. Le sort de l'enfant naturel est tout entier dans les mains du père ; il dépend de son unique volonté, de son caprice. Il pouvait le laisser croupir dans la plus cruelle des misères comme il pouvait le combler de ses largesses et l'élever aux plus hautes dignités. Comme l'a fort bien dit M. Crémieux : « L'enfant pouvait bien venir implorer la pitié de son père ; il pouvait lui demander une aumône ; il pouvait se présenter en mendiant, mais il ne pouvait jamais venir en créancier » (1).

A l'égard de sa mère, la situation de l'enfant naturel est fort différente ; la conséquence est facile à présumer, si l'on se réfère aux notions générales que nous avons pris soin de développer. Au début, l'enfant est complètement étranger à sa mère ; il ne lui est uni par aucun lien de parenté, puisque la seule parenté qui fut reconnue était la parenté civile, fondée sur la *patria potestas*. Mais on comprend aisément que la situation de l'enfant naturel va se modifier et s'améliorer avec les progrès de la notion nouvelle de *cognatio*, de parenté naturelle, basée sur la communauté du sang. Si l'on se place à ce point de vue, il n'y a pas de raison pour distinguer entre les enfants légitimes et les enfants illégitimes. Tous sont unis à la mère par le même lien physique dont la constatation est facile. Et, de fait, le droit romain, au moins dans la période païenne, ne reconnaît aucune différence entre les enfants issus d'une femme, que celle-ci soit mariée, qu'elle

(1) Crémieux. *Des preuves de la filiation naturelle non reconnue*. Paris, 1907, p. 23.

soit une concubine ou une prostituée ; même à cette époque, aucune différence n'est faite entre les enfants naturels simples et les enfants adultérins et incestueux. La base de la filiation maternelle est toujours la même : c'est la parenté naturelle attestée par le fait certain de l'accouchement. Les enfants naturels sont donc assimilés totalement aux enfants légitimes à l'égard de leur mère ; tous les droits et tous les devoirs qui furent successivement reconnus entre la mère et l'enfant par la doctrine, le préteur, les sénatus consultes et les constitutions impériales se produisent sans distinction envers tous les enfants issus ou non de justes noces. En particulier, le droit de succession entre la mère et l'enfant étant fondé exclusivement sur les liens du sang, tous les enfants sont appelés à un même titre et sur un même rang. Les enfants de la femme mariée ne lui sont pas unis par les liens de la parenté civile, mais par ceux de la parenté naturelle ; leurs rapports ne résultent pas de ce que la mère est la femme du mari, mais de ce qu'elle est la cognate de ses enfants. Par suite, ils s'établissent d'une façon aussi complète quand la mère n'est pas mariée que quand elle l'est. L'enfant naturel est donc assimilé à tous égards à un enfant légitime dans la famille de sa mère ; il porte son nom, il hérite de ses biens ; aucune incapacité ne vient le frapper. La preuve de la maternité peut se faire par toutes voies de droit : possession d'état, aveux, témoignages de voisins, sage-femme, domestiques, esclaves (1). Le fait de l'accouchement n'a d'ailleurs rien de mystérieux ni d'incertain.

On ne saurait résumer plus clairement tous ces développements qu'en citant ces mots de M. Gide : « A l'égard de son père, l'enfant naturel n'a aucun droit et ne diffère en rien d'un étranger ; à l'égard de sa mère, l'enfant naturel a tous les droits et ne diffère en rien d'un enfant légitime » (2).

(1) L. 3. § 5. Dig. 37, 10.

(2) Gide, *Condition des enfants nés hors mariage et de la concubine dans la législation romaine*, p. 29.

Bien qu'il nous paraisse fort injuste et qu'il découle de la notion artificielle de parenté civile, ce système, si l'on y réfléchit bien, est parfaitement logique et naturel. Les Anciens ont été particulièrement frappés par ce fait que la maternité est certaine, tandis que la paternité ne l'est pas. « *Mater semper certa est etiam si vulgo conceperit ; pater vero is est quem nuptiæ demonstrant* » (1).

La maternité est attestée par un fait matériel, patent, indéniable, facile à constater : l'accouchement. Cet événement extériorise en quelque sorte le lien physique de filiation entre la mère et l'enfant. Au contraire, la paternité est entourée de mystères et de voiles impénétrables, que la science moderne elle-même n'est pas parvenue à percer ; on ne peut jamais acquérir la preuve certaine, tangible, de la paternité d'un homme. *Mater semper certa est, etiam si vulgo conceperit : pater vero is est quem nuptiæ demonstrant*. De ce fait naturel découlent nécessairement, logiquement, les conséquences suivantes : l'enfant est toujours rattaché à sa mère, sa filiation à l'égard de celle-ci étant certaine et affirmée par l'accouchement ; au contraire, il n'est uni à son père qu'autant que celui-ci, en l'admettant dans sa famille par un acte de volonté exprès, déclare, par là même, qu'il le reconnaît comme sien, et dévoile un mystère dont il connaît seul le secret. Ici la nature fonde elle-même la filiation ; là un acte de volonté est nécessaire. C'est la logique même.

« La même loi naturelle, dit M. Gide, qui attribue
« les fruits de la terre au propriétaire du sol et non à
« celui de la semence, l'agneau au propriétaire de la bre-
« bis et le jeune esclave au maître de sa mère, cette même
« loi va régler aussi le sort de l'enfant naturel : cet enfant
« n'a pas de père, il n'a qu'une mère » (2). Il n'est pas peu curieux de constater que ce même principe inspirera plus tard les législations germaniques : le père et l'enfant illégitime ne sont pas parents, dit l'article 1596 du Code civil allemand ; mais, d'après un vieux dicton : « Personne

† (1) Paul. D. 2, 4. *De in jus voc.* 5.

(2) Gide, *op. cit.*, p. 39.

« n'est bâtard de par sa mère » (*Kein Kind ist seiner Mutter Kebskind*) (1).

La situation de l'enfant naturel auquel la loi restait indifférente, était donc en principe fort peu enviable, son sort dépendant uniquement de la bonne volonté de son père. Cependant, nous apprenons, qu'en fait, le père venait fréquemment, de son propre mouvement, au secours de l'enfant illégitime. Sans doute la reconnaissance volontaire était ignorée des Romains, mais il y avait l'adoption, la légitimation, et il était fait un grand usage de ces institutions. En effet, plus le système de la parenté civile devenait en désaccord avec les mœurs, plus souvent on avait recours à l'adoption pour faire tomber sous sa puissance des personnes qui étaient exclues de la famille : les descendants par les femmes, les enfants nés hors mariage (2). Ce fut un moyen de plus en plus employé pour se faire un héritier, quand on n'avait point de descendants légitimes ; on sait que les Romains appréhendaient fort de mourir sans héritiers. Ainsi, la plupart du temps, le père accomplissait son devoir envers son enfant naturel dans son intérêt personnel ; mais, peu importe, l'enfant en profitait toujours. Ainsi se résout pratiquement la grave question de la filiation naturelle : en droit, les enfants illégitimes sont étrangers à leur père ; en fait, un grand nombre d'entre eux sont reconnus par lui. Et l'on comprend maintenant pour quelles raisons politiques, religieuses, juridiques et sociales la question de la recherche de la paternité ne se posait pas dans la Rome antique.

Elle commencera seulement à se poser avec l'apparition du christianisme. Il est très curieux d'étudier la position qu'a prise l'Eglise en face de ce problème. Elle est animée, à l'égard des enfants naturels, de deux sentiments différents. Très favorable au mariage légitime, qui rend seul tolérable le rapport des sexes, elle réprouve les unions irrégulières et le concubinat. Dans le but de détourner

(1) Graf und Dietherr. *Deutsche Rechtsprüchwörter*, p. 164, n° 134.

(2) Girard, *op. cit.*, p. 171.

les individus de ces situations immorales, elle frappe les enfants qui en sont issus d'incapacités et de déchéances. Mais, d'autre part, la morale chrétienne est inspirée par la charité et l'humanité ; et, à ce titre, elle ne peut tolérer que l'enfant naturel soit laissé sans secours et que le père se soustraye aussi lâchement à son devoir le plus sacré. Ainsi partagée entre ces deux sentiments opposés d'hostilité et de bienveillance, l'Eglise provoquera dans les mœurs et dans le droit un mouvement qui sera à la fois favorable et contraire à l'enfant naturel. La question de la filiation naturelle est désormais posée.

Sous l'influence du christianisme et avec le développement croissant de la notion de parenté naturelle, l'enfant illégitime va acquérir peu à peu des droits à l'égard de son père. Le lien qui unit l'enfant à son père ne résulte pas seulement de la parenté civile, mais de la communauté du sang ; et l'humanité réclame que le père assure l'existence à celui qu'il a appelé à la vie. Mais l'enfant naturel ne peut réclamer de son père que des aliments ; c'est à cela que se limitent tous leurs rapports. C'est seulement avec Justinien, qui a fait preuve de tant de générosité à l'égard des illégitimes, que ceux-ci obtiennent une vocation héréditaire dans la succession *ab intestat* de leur auteur ; mais cette faveur n'est accordée qu'aux seuls *liberi naturales*, c'est-à-dire aux enfants nés du concubinat ; il fallait, de plus, que le père ne laissât ni épouse ni enfants légitimes ; en ce cas, les héritiers n'étaient tenus de fournir aux enfants naturels que des aliments (1).

Mais le droit chrétien a été sur d'autres points défavorable aux enfants naturels. C'est lui qui paraît leur avoir imposé cette marque d'infamie qui les suivra pendant des siècles. La naissance hors mariage est devenue une naissance honteuse, ce qu'elle n'était pas dans l'état primitif du droit. Il faut peut-être voir là l'origine des sentiments de défaveur et de mépris qu'a depuis lors manifestés l'opinion publique à l'égard des enfants naturels. En tous

(1) Nov. 89. chap. 12.

cas, dès cette époque, des incapacités, des déchéances viennent les frapper. Constantin, le premier empereur chrétien, interdit de façon absolue au père de faire des libéralités à sa concubine et à ses enfants non issus *ex iustis nuptiis* (1). Cette prohibition devait, d'ailleurs, être adoucie et, dans le dernier état du droit, les enfants naturels sont incapables de recevoir plus du douzième des biens de leur père quand il existe des enfants légitimes (2). De même Justin prohiba l'adoption des enfants naturels (3). Il est vrai que, par contre, l'institution de la légitimation vient d'être créée, et qu'elle permet aux parents vivant dans le concubinat, de donner à leurs enfants le rang d'enfants légitimes, en régularisant leur situation. Enfin commencent à apparaître des distinctions entre les enfants naturels : il y a les *liberi naturales*, issus du concubinat, mariage d'ordre inférieur, les *spurii*, ou *vulgo concepti*, enfants nés de relations passagères ou d'une prostituée. Ces derniers ont une mère certaine, mais leur père ne saurait être recherché ; ils n'ont absolument aucun droit à l'égard de leur père, pas même un droit aux aliments. Il faut surtout noter l'apparition de la fameuse distinction entre les enfants naturels simples et les enfants adultérins et incestueux, distinction qui devait avoir une si grande fortune dans les pays latins. A raison de leur naissance honteuse, ces enfants doivent être totalement ignorés. Aussi une constitution d'Honorius et d'Arcadius brise-t-elle tout lien de parenté entre ces enfants et leur mère ; ils ne peuvent pas même lui réclamer des aliments (4). Grave innovation, si l'on songe que, jusqu'alors, l'enfant illégitime, quelle que fût sa qualité, était toujours rattaché à sa mère par les liens du sang et tenait près d'elle la place d'un enfant légitime. Sous Justinien, l'enfant naturel simple lui-même, à l'exception de celui qui était né du concubinat, n'était pas uni à sa mère quand

(1 et 2) Nov. 89. ch. 12.

(3) Justin. C. 5. 27. *De nat. lib.* 7, 3.

(4) Code 5. 5. Const. 6.

celle-ci était une femme noble ayant déjà des enfants légitimes (1).

Ainsi s'est dessinée l'existence juridique de l'enfant naturel. Celui-ci n'est plus ignoré du législateur. L'opposition n'est plus entre la parenté civile fondée sur la puissance paternelle et la parenté naturelle fondée sur la communauté du sang. Elle est désormais entre la parenté légitime, issue du mariage légal et la parenté illégitime, issue des unions irrégulières. La filiation naturelle s'organise. Dans le premier état du droit, il n'y avait que des pères légitimes et des mères naturelles ; il y a maintenant à côté d'eux des pères naturels et des mères légitimes. L'enfant naturel a à la fois gagné et perdu à cette transformation du droit ; il y a gagné, parce que son existence juridique est désormais reconnue et qu'il ne reste plus pour son père un étranger. Il y a perdu, parce que certaines incapacités, jusqu'alors inconnues, sont venues le frapper, parce que certaines catégories d'enfants naturels sont privées de tout droit, parce qu'enfin il est marqué d'une souillure dont jamais plus il ne parviendra à se laver.

Droit germanique.

Il est assez difficile d'avoir, faute de documents, des notions précises sur le vieux droit germanique. On conclut ordinairement de certains passages de la *Germania*, de Tacite, que la famille germaine était constituée d'après le type matriarcal. Il n'entre pas dans le cadre de cette étude, de discuter cette opinion ; mais si elle est exacte, il en résulte que l'enfant, né ou non du mariage, entre toujours dans la famille de sa mère et n'est jamais uni à son père. La maternité est certaine ; la paternité ne l'est pas : telle est toujours la pensée dominante des législations primitives. « *Kein Kind ist seiner Mutter Kebskind* ».

Mais après les invasions, cette organisation de la famille se modifie. Le système patriarcal fait son apparition, et,

(1) Code 5. 5. Constit. 6.

avec lui, la distinction des enfants légitimes et naturels. De plus, on sait que les Germains étaient un peuple très austère qui avait le culte de la vertu et l'horreur du vice. Il en résulte que l'enfant naturel sera durement traité. S'il était né de l'union de deux personnes de même condition, il suivait la condition de sa mère, entraînait dans la famille de celle-ci et y occupait la place d'un enfant légitime ; il n'était uni par aucun lien à son père. Au contraire, si le père et la mère sont de condition différente, l'enfant est durement traité, car ces unions sont prohibées. Il n'a aucun rapport ni avec son père, ni avec sa mère. Il suit même le sort de celui de ses parents qui a la condition pire. « En formariage, le pire emporte le bon » (1). Si l'un de ses parents est esclave, tandis que l'autre est libre, il devient esclave. Dans certaines lois, la mère elle-même perd sa liberté ou même est mise à mort quand, femme ingénue, elle s'est unie à un serf (2).

Peu à peu, le droit romain pénétra en Gaule, et ses conceptions se mêlèrent à celles du droit germanique. Il en résulta une amélioration sensible dans la condition des enfants illégitimes. D'après la loi des Lombards (3), l'enfant naturel appartient à la famille de son père et vient à sa succession. Il était aussi rattaché à sa mère et à son père dans la loi de Rotharis (4) et avait un droit de succession *ab intestat* ; mais il était frappé d'une incapacité de recevoir au-delà de sa part *ab intestat*, sauf le consentement des enfants légitimes. Dans la loi des Bavarois (5), les héritiers légitimes devaient, par commisération, venir en aide à l'enfant naturel ; on peut en déduire que, *a fortiori*, le père avait, de son vivant, l'obligation de lui prêter assistance. Enfin, d'après la loi franque, à l'aide d'une institution spéciale connue sous le nom de « rappel », le

(1) Loisel. Instit. I. 1. 25. — *Lex Ripuar*, LVIII, 11.

(2) Loi des Lombards, 1. 2. tit. I. XIV. Loi des Wisigoths, 1. 3. titre II, § 3.

(3) Grimm. *Deutsch. Rechtssalterthümer*. I, 655.

(4) Loi de Rotharis, chap. CLIV.

(5) *Lex Bajuvar*, tit. XIV. 8. § 2.

père pouvait faire venir à sa succession ses enfants naturels. Quant à la preuve de la filiation naturelle, on ne rencontre aucune disposition spéciale : c'est le droit commun qui s'applique.

Le droit canon, poursuivant la tradition romaine, n'apporte pas de changements notables aux solutions adoptées par le droit romain. Il oblige toujours les parents à pourvoir à l'entretien de leurs enfants naturels ; mais il ne reconnaît pas à ceux-ci d'autres droits. Certains auteurs ont prétendu, en s'appuyant sur le texte d'une Décrétale du pape Clément III (1), que les enfants adultérins et incestueux étaient eux-mêmes admis à réclamer des aliments ; cette interprétation est douteuse. Elle est surtout en contradiction formelle avec la morale chrétienne, qui honore autant le mariage légitime qu'elle flétrit les unions irrégulières, et surtout l'adultère. D'ailleurs, on trouve, en 1202, une décrétale du pape Innocent III, qui refuse expressément des aliments aux enfants adultérins (2).

Mais il convient de noter tout spécialement cette curieuse action que créa le droit canonique en faveur des filles séduites : l'action *duc aut dota* (3). La fille séduite avait donc le droit d'exiger de son séducteur qu'il l'épouse ou qu'il la dote. En effet, elle a subi de ce fait un préjudice considérable ; déflorée, elle trouvera difficilement à se marier. Le commerce sexuel hors mariage est prohibé par la doctrine chrétienne ; dès lors, la fille qui a commis le péché de la chair en portera la honte ; et, parce qu'elle a perdu sa pudeur, elle sera censée avoir renoncé à toutes les vertus. Il est donc légitime que son séducteur soit rendu responsable du dommage qu'il lui a causé : il l'a rendue mère, qu'il l'épouse ou alors qu'il la dote, afin qu'elle puisse trouver plus facilement à s'établir et à se

(1) *Corpus juris canonici*, chap. 5. X. 4. 7.

(2) *Corpus juris canonici*, chap. 13. X. 4. 17.

(3) La véritable formule de cette action, c'est l'*actio duc et dota*. Cf. C. 1. X. *De adulteriis* 5. 16. « ...dotabit eam et habebit uxorem ». Mais la pratique l'a interprétée dans ce sens : « *dotabit eam aut habebit uxorem* ».

marier. Cette action *duc aut dota* devait avoir une fortune extraordinaire. On la rencontre dans l'ancien droit belge où la mère avait le droit d'indiquer sous serment, dans les douleurs de l'enfantement, le nom de son séducteur. Si cette affirmation était corroborée par l'existence de relations charnelles entre la mère et l'homme désigné, celui-ci devait épouser ou doter la mère (1). On trouve aussi cette action, mais aggravée, dans les anciennes coutumes françaises. D'après l'article 497 de la coutume de Bretagne, le dilemme se posait sous cette forme troublante : ou le mariage ou la mort. Parfois le choix était laissé à la fille mère : si elle n'acceptait pas le mariage, le séducteur était condamné à mort ; mais elle pouvait revenir sur sa décision jusqu'au moment du supplice (2). En Italie, dans les Etats de l'Eglise, une triple alternative s'offrait au séducteur : « *Aut nubat, aut dotet, aut ad triremes* ». Cette action avait assurément moins pour but de venir en aide à la fille mère que d'effrayer les séducteurs et de prévenir la débauche.

Haut Moyen Age.

Avec le Moyen Age, la condition de l'enfant naturel, loin de s'améliorer, va, au contraire, traverser une crise douloureuse. Le bâtard, comme on l'appelle à cette époque, est mis au ban de la société. Il est frappé de toutes sortes d'incapacités et de déchéances ; il est exclu, comme indigne, des ordres religieux et des fonctions publiques. Il était accablé par les services féodaux, assujetti au droit de formariage quand il épousait une personne qui n'était pas de sa condition ; le seigneur prenait pour lui un tiers de la fortune des époux. Il devait payer la taille et le droit de chevage. Il ne pouvait disposer de ses biens ; c'est tout au plus si on lui permet de tester pour 60 *sols pro remedio animæ*. Ses biens sont des biens de main-morte, biens vacants, sans maître, successions en déshérence qui re-

(1) Britz. *Code de l'ancien droit belge*. T. 2, p. 559.

(2) Cf. Coulet et Vaunois. *Etude sur la recherche de la paternité*. p. 5. Servan. *Œuvres choisies*. T. I, p. 383 en note.

tournent au seigneur. La condition habituelle des bâtards à cette époque est la condition d'esclave, de serf. C'était parmi eux que se recrutait surtout le servage (1). Ils n'étaient donc rattachés ni à leur père, ni à leur mère. Ils sont hors la famille : « Li bastard ne suit ne le condition du père, ne de la mère, n'en lignage, n'en héritage, n'en autre coze » (2). Ils ne conservent que le droit de réclamer des aliments à leurs père et mère ; il faut, en effet, remarquer que ce droit leur est reconnu sans discussion et qu'on ne songe pas même à le leur refuser. « Qui faict l'enfant le doit nourrir », dit Loysel, dans ses *Institutes coutumières* (3).

Ce régime sévère, auquel étaient soumis les enfants naturels, est sanctionné de façon générale par toutes les coutumes. Il en est de même dans les pays germaniques, où le *Miroir de Saxe* (Sachsenspiegel) 1198-1235 et le *Miroir de Souabe* (Schwabenspiegel) 1274-1275, posent le principe que les enfants naturels sont dépourvus de droits : « *Die unehelich geboren sind, die sind alle rechtlos* » (4-5). On peut donc dire qu'à cette époque l'enfant naturel est exclu de la famille et de la société. Il est sans droit et sans honneur (*recht und ehrlos*) (6).

Mais il ne suffit pas de constater la disgrâce de l'enfant naturel ; il faut encore essayer de l'expliquer. Si l'on jette un coup d'œil sur la société du Moyen Age, on s'aperçoit qu'il n'y a pas de place pour l'enfant illégitime, et que la classe dirigeante a tout intérêt à ce qu'il reste sans secours et sans protection légale. En effet, de même que la famille romaine, fondée sur la *patria potestas*, la famille féodale, basée sur la propriété foncière et la hiérarchie des personnes, apparaît comme une institution très puis-

(1) Voy. d'Aguesseau. *Œuvres complètes*. T. IV, p. 404 et suiv.

(2) *Coutumes de Beauvoisis* XLV, 16.

(3) Loysel. *Instit. coutumières*.

(4) Sachsenspiegel. L. I, art. 51, § 1.

(5) Schwabenspiegel. L. I, art. 38, § 1.

(6) Cf. Mohr. *Die Vaterschaftsklage des schweiz. Zivilgesetzbuches und ihre historische Grundlage*. Berne 1912, p. 1 et suiv.

sante et très fermée. Elle est dominée par l'idée de la conservation des biens dans les familles ; car il faut éviter le morcellement de la terre qui entraîne un appauvrissement et une diminution de puissance. D'où une foule de dispositions et de règles, qui sont toutes dominées par une même idée et tendent à un même but : ce sont les règles de dévolution des successions, qui assurent la transmission des biens aux membres d'un même groupe et maintiennent les biens dans les familles d'où ils sont issus : *Paterna paternis, materna maternis* ; c'est l'usage des substitutions qui permet de régler, dans l'avenir, le sort du patrimoine familial ; ce sont les droits d'aînesse et de primogéniture, la règle de l'indissolubilité du mariage, la nécessité du consentement des parents au mariage des enfants dans l'intérêt solidaire de la race et afin d'éviter les mésalliances. Dans ces conditions, l'enfant naturel, ne faisant pas partie de la famille, est exclu du partage des biens, car ceux qu'il recueillerait pourraient être considérés comme perdus pour le groupe.

De plus, la famille est alors une société fortement intégrée qui absorbe la personnalité des individus. Il s'agit moins de permettre aux membres de la famille de développer leur individualité que d'assurer l'unité et la puissance du groupe familial, de lui conserver son rang, sa fortune et son honneur. Le chef de la famille possède des pouvoirs analogues à ceux du *paterfamilias* ; il dispose, sinon de la vie, du moins de la destinée de ses enfants ; celui-ci, il le voue au métier des armes ; celui-là, il l'envoie en expédition lointaine ; cet autre, il l'enferme dans un couvent ; à ce dernier, il impose la femme de son choix. « L'avenir de la famille est chose corporative « où les individualités mêmes qu'il met en jeu ne sont pas « compétentes » (1). On ne saurait rompre l'harmonie d'un groupe aussi puissant au profit d'un bâtard. Il faut aussi assurer le respect et la dignité de la famille ; ceux qui lui portent atteinte en se soustrayant aux liens du mariage doivent être châtiés.

(1) Lalande, *op. cit.*, p. 335.

D'ailleurs, la société d'alors s'accommodait fort bien de cet exil des enfants naturels. De même qu'à Rome, ceux-ci se vendaient comme esclaves (1), et devenaient les affranchis et les clients des puissants sous la protection desquels ils se plaçaient, de même au Moyen Age, les bâtards recherchent la protection des seigneurs. Ces derniers ont besoin de soldats, de paysans, leur puissance s'accroît avec le nombre d'hommes qui leur sont soumis; en échange de la protection qu'ils leur accordent, ils acquièrent sur eux des droits importants de chevage, de formariage, de bâtardise. Cet état de choses était donc fort avantageux pour les seigneurs du Moyen Age; et l'on comprend qu'ils aient pu répondre à ceux qui voulaient améliorer la condition des enfants naturels : *Nollumus leges Angliæ mutare*, ce qu'un auteur anglais a traduit sous cette forme : « *The more bastards, the more escheats* », « Plus il y a de « bâtards, plus il y a de profits » (2). Il résultait indirectement de là que les enfants illégitimes, trouvant protection auprès des seigneurs, le problème de la filiation naturelle était résolu pratiquement.

Enfin il convient de noter l'influence prépondérante de l'Eglise à cette époque. Décidément elle n'est point favorable à la cause des enfants naturels. Au début du Moyen Age, il ne paraît pas que la qualification de bâtard fut à aucun point de vue infamante; elle est prise par des seigneurs puissants : on en cite maints exemples (3). Mais la

(1) La vente des enfants naturels fut interdite par Constantin (an 315). C. Théod. 11. 27. 1. Mais les enfants naturels tombant à la charge de l'Etat, la mesure dut être rapportée. Consult. Dupré la Tour. De la recherche de la paternité en droit comparé et principalement en Allemagne, en Suisse et en Angleterre. Thèse Paris, 1900, p. 8.

(2) Cité par Peyer. *Die familienrechtliche Stellung der unehelichen Kinder im schweiz. Privatrecht*. Zürich, 1908, p. 3, note 1.

(3) Ainsi en 895, à la diète de Worms, l'empereur Arnoul cède le royaume de Lotharingie à son fils naturel « *omnibus assentientibus atque collaudantibus* ». Au XI^e siècle, Guillaume le Conquérant s'intitule lui-même bâtard. Ego, Wilhelmus « *cognomine Bastardus* ». Voy. Viollet, *Précis d'histoire du droit français*, p. 466.

doctrine chrétienne qui se répand va modifier cette situation. La conception hors mariage est interdite, et constitue une faute grave. Seul le mariage peut rendre licite le commerce sexuel. Il faut donc punir les délinquants ; et, en vertu du dogme du péché originel, il n'y a pas d'injustice à châtier les parents dans leurs enfants et à rendre ceux-ci responsables d'une faute qu'ils n'ont pas commise. « Re-
« connaissons, dit Bossuet, cette justice qui venge les
« crimes des pères sur leurs enfants » (1). L'Eglise espérait donc qu'en frappant les parents dans ce qu'ils avaient de plus cher au monde, dans la chair de leur chair, elle préviendrait les infractions à la loi du mariage. « Il est
« juste, dira l'avocat général Séguier, de punir la con-
« jonction illicite jusque dans les enfants en privant les
« père et mère de la satisfaction qu'ils auraient eue de
« verser des bienfaits sur le fruit de leur union crimi-
« nelle » (2). De plus, l'Eglise a élevé le mariage à la dignité d'un sacrement et a obtenu qu'il fût l'unique source de toute association familiale. Pour honorer le mariage et réprimer la débauche, il fallait donc flétrir les unions irrégulières. Né d'un amour condamné par la morale chrétienne, l'enfant naturel, le bâtard, était marqué d'un signe d'infamie, la parenté naturelle est une parenté honteuse qu'il faut taire. On ne sait par quels termes méprisants, injurieux, dénommer l'enfant naturel : *Unflathkind*, *Windflügel*, *Schmützkind*, *Winkelkind*, etc... (3). Pour donner une idée de l'indignité qui s'attachait à la personne des enfants naturels, citons ce trait rapporté par M. Huber, l'éminent jurisconsulte suisse : « Les cadavres des enfants
« naturels âgés de moins de treize ans, ainsi que ceux
« des femmes qui avaient eu des enfants hors mariage,
« étaient abandonnés aux hôpitaux pour des études d'ana-

(1) Bossuet. *De la connaissance de Dieu et de soi-même*, chapitre IV, n° 2.

(2) Cité par Pouzol. *La Recherche de la paternité*, Paris 1902, p. 13.

(3) Voy. Stobbe. *Handbuch des deutsch. Privatrechtes*, I, 404, n° 23. Comp. Nagorski. *Das Rechtsverhältnis des unehel. Kindes zu seinem Erzeuger*. Zürich, 1908, p. 6 et suiv.

« tomie » (1). Ce trait est significatif, si l'on tient compte de la crainte et de l'horreur qu'inspirait, jadis, un tel abandon.

Moyen Age.

Mais, à mesure que nous avançons dans le Moyen Age, la situation de l'enfant naturel va s'améliorer. Les principes absolus sur lesquels était fondée la société vont, en effet, peu à peu perdre de leur rigueur. Les droits de bâtardise sont discutés et battus en brèche. L'enfant naturel ne tombe plus en servage; il suit maintenant la condition de sa mère. Il peut donc être libre quand celle-ci est ingénue. Mais avec la disparition du pouvoir féodal et le développement de la liberté individuelle, les enfants illégitimes jadis recueillis par les seigneurs ne trouveront plus auprès de ceux-ci le même empressement à les secourir. En effet, la puissance des seigneurs diminue, tandis que le pouvoir royal s'accroît. De plus, les serfs peuvent recouvrer leur liberté en abandonnant la terre. L'enfant naturel devient une charge pour le seigneur; il peut compter de moins en moins sur son assistance. Et d'autre part, comme il est dépourvu de droits, abandonné, et que, cependant, il lui faut vivre, il tombe à la charge des communes et des paroisses. C'est grâce à cette circonstance que l'enfant naturel sera admis, — et cela dans une large mesure, — à rechercher son père. En effet, les seigneurs s'étant déchargés de l'entretien des enfants naturels sur les établissements communaux (2), ceux-ci sont bientôt grevés de charges écrasantes, et alors, on songera, seulement, en face de cette situation intolérable à recourir à cette solution la plus logique et la plus naturelle de toutes, c'est-à-dire à faire supporter au père les frais d'entretien de son enfant. Il est curieux de constater la circonstance accidentelle grâce à laquelle la recherche de la paternité a été admise. « C'est ainsi, dit M. de la Grasse, que les droits, en apparence les plus abstraits,

(1) Hüber. *System und Geschichte des schweiz. Privatrechtes*, I, p. 530, note 2.

(2) Voy. Dupré La Tour *op. cit.*, p. 11.

« et qui semblent nés du sentiment du juste, ont souvent
 « une origine purement mécanique... Ce ne sera point un
 « acte de générosité, mais un acte d'intérêt » (1). Et ce
 phénomène est général au Moyen Age, plus précisément
 au quinzième siècle. En France, il est donné comme la
 raison principale, la plus efficace, de l'admission de la règle
Virginii creditur, que nous allons étudier. « Le premier
 « objet, dit Poullain Duparc, doit être de pourvoir à
 « la subsistance de l'enfant et d'en décharger la pa-
 « roisse » (2). Mais il est particulièrement accentué en
 Suisse. Non seulement la mère acquiert le droit de dési-
 gner son séducteur, mais encore on lui en fait un devoir,
 une obligation, sous la menace de sanctions sévères, et
 même de pénalités. De plus, la commune s'immisce d'auto-
 rité dans cette affaire d'ordre intime ; elle peut se sub-
 stituer à la mère pour agir contre le père prétendu (3). Il
 s'engage même entre les communes de véritables luttes,
 chacune voulant rejeter sur la commune voisine la charge
 de ses bâtards. Elles n'hésitent pas à soulever des excep-
 tions au lieu et place du défendeur (4). Ainsi ce procès
 d'ordre privé qui devrait normalement se dérouler entre
 les parties intéressées, la mère et le père, est, en fait,
 débattu par des communes voisines qui cherchent à se
 décharger du fardeau de leurs bâtards. Il va sans dire que
 des abus naîtront, que d'infâmes marchandages auront
 lieu ; et nous assisterons, au dix-neuvième siècle, à un
 phénomène inverse de celui que nous avons constaté au
 quinzième. C'était, grâce aux communes trop lourdement
 grevées, que l'enfant naturel avait acquis le droit de
 rechercher son père ; ce seront, un jour, les abus pro-
 voqués par cette intervention indélicate des communes
 qui amèneront certains cantons de la Suisse à interdire
 la recherche de la paternité naturelle.

(1) De La Grasserie. *De la recherche et des effets de la paternité naturelle*, Paris 1893, p. 53.

(2) Poullain Duparc. *Règles du droit français selon les maximes de Bretagne*, Rennes 1770.

(3) P. ex. à Berne. C. civ., art. 168.

(4) C. argovien, art. 225-226.

L'enfant illégitime acquiert cependant, peu à peu quelques droits. S'il n'est toujours pas admis dans la famille de ses parents, il peut, du moins, leur réclamer des aliments. C'est un progrès considérable sur le droit antérieur. Pothier nous renseigne exactement sur l'étendue de ces droits: « L'obligation en laquelle sont les père et mère de
« nourrir leurs enfants comprend même ceux qui sont nés
« d'unions illicites. Lorsqu'une fille ou une veuve est
« grosse des faits d'un homme, sur la plainte qu'elle forme
« contre lui et sur l'intervention du ministère public, cet
« homme doit être condamné, s'il en convient ou en est
« convaincu, à se charger de l'enfant, le faire élever
« dans la religion catholique et à lui fournir les aliments
« nécessaires, à en rapporter certificat tous les trois mois
« au procureur du roi, et à lui faire apprendre un métier,
« lorsqu'il sera en état d'en apprendre un, pour le mettre
« en état de gagner sa vie » (1).

Mais si les droits de l'enfant naturel sont restreints, par contre, la preuve de la filiation lui est facile ; il lui est toujours permis, et de la façon la plus large, de rechercher son père ou sa mère. Il nous faut maintenant étudier la façon dont était organisée la preuve de la paternité, d'après quelle procédure elle était administrée ; et ce n'est point la partie la moins curieuse de cet aperçu historique (2).

(1) Pothier. *Du Contrat de mariage*. Partie V, ch. 1, n° 394.

(2) On remarque également qu'à cette époque la cohabitation hors mariage est considérée comme un délit et punie de peines graves. Ainsi une ordonnance de Blois de 1579 prononçait la peine de mort contre celui qui avait enlevé ou séduit une fille mineure de 25 ans, même si celle-ci avait consenti au rapt. Le simple commerce illicite était également puni ; mais à moins de circonstances aggravantes, la peine de mort n'était point prononcée. C'est de la même époque (1556), que date l'ordonnance de Henri II qui punit de mort la fille convaincue d'avoir recélé sa grossesse et de n'avoir pas fait la déclaration imposée. En Angleterre les filles-mères étaient également l'objet de pénalités graves, telles que l'emprisonnement (voy. plus loin). En Suisse les femmes qui se livraient à la débauche, étaient souvent châtiées et frappées d'amendes parfois élevées. Voy. un exemple typique dans *Annalas della società retoromantscha*, XXV, 44.

Ancien droit français.

Dans l'ancien droit français, la recherche de la paternité naturelle était réglée par la maxime célèbre recueillie dans le *Codex definitionum* du Président Favre : « *Credetur virgini dicenti se ab aliquo cognitam et ex eo prægnantem esse ; meretrici non item* » (1). Cette formule a fait l'objet des plus vives discussions, et l'interprétation fautive qui en fut longtemps donnée n'a pas peu contribué à discréditer en France la recherche de la paternité naturelle. C'est seulement en 1873, que M. Baret, dans un ouvrage remarquable, *Histoire et critique des règles sur la preuve de la filiation des enfants naturels*, a fixé d'une façon définitive le sens de cette règle.

Avant l'apparition de cette étude, on croyait couramment que la preuve de la paternité résultait uniquement de la déclaration faite par la mère, sous serment, que tel individu était le père de son enfant (2). Il va sans dire, qu'ainsi comprise, cette formule présentait de très graves dangers. Mais M. Baret, en s'appuyant sur les témoignages de Denisart, de Poullain Duparc et de Fournel (3), n'eut pas de peine à démontrer que cette interprétation était erronée. Il faut, en effet, distinguer deux phases dans la procédure : le débat sur la question de provision et le débat sur le fond.

C'était uniquement dans la première phase de la procédure que la maxime du président Favre s'appliquait. La vie de l'enfant réclamait des secours immédiats ; elle ne pouvait s'accommoder des lenteurs de la justice. Il faut agir au plus vite, pour assurer l'existence de l'enfant et prévenir, peut-être, l'acte criminel dont la mère, affolée par la misère, pourrait se rendre coupable. « La nécessité urgente d'expédier le provisoire, dit Fournel, ne

(1) Antoine Favre. *Codex definitionum*, liv. IV. Tit. XIV délin. 18.

(2) En ce sens Demolombe. T. V, n° 376.

(3) Denisart. *Questions nouvelles* v° Grossesse. — Poullain Duparc. *Principes du droit français selon les maximes de Bretagne*. T. VIII, p. 112 et s. — Fournel. *Traité de la séduction*, Paris 1781.

« permettant pas au juge de se livrer à l'examen du fond
 « du procès, il se contente, pour le moment, d'une légère
 « présomption » (1). Il suffit donc que la mère désigne,
 par serment, un individu comme étant le père de son enfant,
 pour que celui-ci soit tenu de payer, à titre provisoire,
 les frais de gésine et à pourvoir aux premiers besoins de
 l'enfant. Il faut bien remarquer que cette décision provisoire
 ne préjugait en rien la question de fond : celle-ci restait
 entière. « Le juge, dit Papon, doit pourvoir sur
 « les aliments, et après, s'enquérir de la vérité, à laquelle
 « n'est fait préjudice par telle provision d'aliments » (2).
 Et Fournel confirme cette opinion de la façon la plus formelle.
 « Quelle que soit la provision accordée à la fille et
 « de quelque manière qu'elle ait été exécutée, elle ne
 « forme aucun préjugé contre le défendeur. Ce jugement
 « ne lui enlève aucun de ses moyens pour impugner la
 « paternité qu'on lui attribue, et dont la preuve continue
 « d'être à la charge de la mère » (3).

Alors s'ouvrait la deuxième phase de la procédure : le
 débat sur le fond. Il s'agit de résoudre la difficile question
 de la paternité. Il ne suffisait plus de la simple affirmation
 de la fille mère : celle-ci devait démontrer que l'homme
 condamné au provisoire était bien réellement le père de
 l'enfant (4). Elle devait donc rapporter la preuve de la
 cohabitation entre cet homme et elle ; mais elle était dispensée
 d'établir qu'elle n'avait eu de rapports qu'avec ce seul individu ;
 lui imposer cette dernière obligation, c'eût été rendre la
 recherche impossible. C'était au défendeur qu'incombait le
 soin de démontrer que d'autres que lui avaient également eu
 commerce avec la mère ; auquel cas il était absous, car la
 paternité devenait impossible à déterminer (5). La démonstration
 de la paternité se faisait

(1) Fournel, *op. cit.*, p. 98.

(2) Papon, *Recueil d'arrêts*, édit. de 1607, liv. XVIII. T. I, p. 984.

(3) Fournel, *op. cit.*, p. 104.

(4) Voy. Baret, *op. cit.*, p. 32.

(5) Cependant Fournel soutient que l'inconduite de la mère ne constitue pas un obstacle à l'attribution de paternité, p. 119 et suiv. Consult. Baret, *op. cit.*, p. 17, 22 et suiv.

à l'aide de preuves que Fournel (1) divise en trois catégories : 1° la preuve littérale constituée par des lettres, billets, écrits émanés de l'accusé ; 2° la preuve conjecturale, consistant en témoignages établissant « certaines familiarités qui sont de telle nature qu'elles entraînent la présomption naturelle d'une intime habitude » ; 3° enfin la preuve naturelle tirée de certains signes particuliers se trouvant à la fois sur le père et l'enfant. « Dans ces cas, » dit Fournel, la nature semble avoir *décelé le secret de la paternité par la conformité des individus* ». On constate, par exemple, l'égalité de deux doigts de la main chez le défendeur et chez l'enfant ; ou bien l'un et l'autre ont six doigts : l'accusé est nègre et l'enfant est mulâtre ; ils sont tous deux sourds-muets, etc... (2). Quand l'une de ces preuves était bien établie, le défendeur pouvait être condamné à entretenir l'enfant (3), à moins qu'il ne prouvât que la fille avait eu commerce avec d'autres. S'il était reconnu que le défendeur n'était pas le père de l'enfant et qu'il ait été condamné, au provisoire, à avancer les frais de gésine, il avait une action en restitution de la somme qu'il avait dû payer (4).

On ne saurait trop insister sur ce point — car on s'y est longtemps mépris — que la seule affirmation, même répétée de la mère, ne suffit pas à trancher la question de paternité. On cite cependant un cas où la déclaration de

(1) Fournel, *op. cit.*, p. 130 et suiv.

(2) Fournel, *op. cit.*, p. 139.

(3) La condamnation comportait deux peines très distinctes : une peine pécuniaire qui avait pour but de dédommager la fille séduite, et une peine afflictive et infamante, telle que le bannissement, l'amende, le blâme, etc... La peine pécuniaire consistait soit dans des dommages-intérêts alloués à la fille-mère, soit dans une pension alimentaire qui devait être servie à l'enfant, soit enfin dans une peine expiatoire « applicable au pain des prisonniers ou « autres œuvres pies ». Cette amende était d'ordinaire de trois livres ; elle était infligée aux parties « en punition du mauvais exemple qu'elles ont donné et de l'infraction à la bienséance ». Voy. Denisart, *loc. cit.*

(4) Fournel, *op. cit.*, p. 105.

la mère tenait lieu de preuve de la paternité ; c'est lorsqu'une servante devient enceinte dans la maison de son maître et qu'elle désigne celui-ci comme étant le père de son enfant (1). Cette présomption ne pouvait être renversée que s'il était établi que la servante avait eu commerce avec d'autres hommes. D'ailleurs, Fournel nous apprend que cette règle exceptionnelle tomba vite en désuétude, après avoir causé de regrettables abus. « Les servantes, » dit-il, n'ont aucune prérogative sur les autres filles ; « lorsqu'il s'agit du fond de la contestation, la qualité de « maître ne forme pas le moindre préjugé » (2).

Enfin, nous savons que, seule, la « virgo » était admise à désigner sous serment son séducteur. Cette faveur était refusée à la femme de mauvaise vie « meretrix ». Mais toute la difficulté consiste à savoir exactement ce qu'il faut entendre par « virgo » et par « meretrix ». Où commence la mauvaise conduite ? Après combien de chutes cesse l'honnêteté ? Ce sont sans doute là des questions de fait (3). Or, il semble que les tribunaux aient fait preuve d'un esprit d'interprétation très large. D'après un arrêt du 25 février 1661, rendu par le Parlement de Paris, quatre hommes furent condamnés solidairement à se charger de l'enfant, jusqu'à ce que celui-ci ait atteint l'âge de quatorze ans. Un arrêt de la Tournelle criminelle du 18 février 1679 condamna « Froger, homme marié, à se charger de « l'enfant, quoiqu'il fût établi que, dans le même temps, « la mère de cet enfant entretenait un commerce criminel avec le vicaire de sa paroisse » (4).

Il semble résulter de ces arrêts que l'inconduite de la mère ne constituait pas un obstacle à l'attribution de la paternité, et que, de plus, le système de la paternité plurielle n'avait rien qui choquât nos anciens tribunaux. Cependant, si l'on en croit M. Baret (5), ce sont là des solu-

(1) Fournel, *op. cit.*, p. 132. Baret, *op. cit.*, p. 19.

(2) Fournel, *op. cit.*, p. 134.

(3) Pouzol, *op. cit.*, p. 15.

(4) Cités par Baret, *op. cit. Pièces justificatives*, p. 175 seq. Voy. Fournel, *op. cit.*, p. 121 à 123.

(5) Baret, *op. cit.*, p. 32.

tions exceptionnelles, des opinions particulières, résultant, soit d'une mauvaise interprétation de la maxime, soit du désir de décharger les paroisses. Néanmoins, il faut bien reconnaître que la maxime du président Favre n'était pas sans présenter quelques dangers. Certains tribunaux avaient tendance à accorder une importance trop considérable à la déclaration de la fille mère, surtout dans le cas où plusieurs individus avaient eu commerce avec la mère pendant la période critique : « Il est assez raisonnable de croire que, sur cet article, la mère a des notions capables de lui faire distinguer le véritable auteur de la paternité » (1). Et l'on ne peut réprimer un mouvement de surprise mêlée de crainte quand on lit ce passage troublant de Fournel : « Il lui faut un père, le bon sens veut qu'on le choisisse parmi ceux *qui se sont exposés à le devenir*. Après tout, l'objet des magistrats n'est pas de rencontrer nécessairement l'auteur de la paternité naturelle, il suffit qu'il y ait dans les présomptions de quoi asseoir une paternité *vraisemblable*. Celui sur qui elle tombe ne doit imputer qu'à son imprudence et à son inconduite de s'être exposé à ce soupçon » (2). Ce n'est là qu'une opinion, mais elle est très audacieuse. Nous verrons, d'ailleurs, au cours de ce travail, qu'elle a été reprise tout dernièrement par des juristes modernes, sous le nom de « théorie du risque de paternité ».

On sait de quels anathèmes a été chargée cette règle de notre ancien droit. On a prétendu qu'elle avait été la cause d'abus et de scandales sans nombre ; elle aurait jeté le trouble dans la société, exposé les citoyens les plus estimés à des recherches calomnieuses et aux manœuvres les plus éhontées. Aussi parut-il nécessaire aux rédacteurs du Code civil d'abolir cette procédure néfaste et d'interdire la recherche de la paternité. On ne trouve, d'ailleurs, trace de ces vives critiques que dans des documents assez rares. Il y a d'abord le discours de l'avocat-général Servan, dont on a usé et abusé pour prouver les abus causés par la

(1) Fournel, *op. cit.*, p. 120.

(2) Fournel, *op. cit.*, p. 119 à 122.

règle : *Virgini creditur*. Cet auteur s'élève contre « l'effron-
 « terie des filles du bas ordre qui se forment de leur
 « fécondité un commerce d'un nouveau genre, promenant
 « ainsi de maison en maison et d'homme en homme, la
 « menace d'une accusation, et levant un tribut, une sorte
 « de capitation sur la faculté d'être père » (1). Puis c'est
 la protestation isolée de Bigot-Préameneu : « Depuis long-
 « temps dans l'ancien régime, un cri s'était élevé contre
 « les recherches de la paternité, exposant les tribunaux
 « aux débats les plus scandaleux. En un mot, la recher-
 « che de la paternité était considérée comme un fléau de
 « la société » (2). Mais à part ces deux témoignages, on ne
 découvre aucune autre plainte chez les hommes du dix-
 huitième siècle. Or, on ne craignait pas, à cette époque,
 de relever et de grossir même les vices de la société et l'on
 critiquait en particulier la jurisprudence capricieuse des
 Parlements. Cependant, ni Montesquieu, ni Diderot, ni
 Rousseau ne signalent ce fléau de la société ; Voltaire se
 borne à faire l'éloge de l'avocat-général Servan, mais ne
 fait aucune allusion à la règle : *Virgini creditur*... On ne
 trouve rien non plus dans les cahiers de doléances de 1789,
 ni dans les écrits de Domat, de Lebrun et de Pothier (3).
 Il faut donc conclure de là que les critiques formulées con-
 tre la règle de l'ancien droit ont été singulièrement exagé-
 rées (4), et que l'on ne peut dire d'un témoignage unique

(1) Sur le discours de Servan, voy. Giraud, *loc. cit.* Baret, *op. cit.* Brunetière. *Revue des Deux-Mondes*, 15 septembre 1883. La Recherche de la paternité, p. 356.

(2) Bigot Préameneu. Corps législatif, 20 ventôse an XI. *Exposé des motifs*.

(3) Cf. Giraud. *Revue critique* 1884, p. 604 et suiv.

(4) D'ailleurs, comme le fait remarquer très judicieusement M. Giraud, « il est peu probable qu'une société attachant en somme
 « autant que nous un grand prix à la paix des familles, ait permis
 « qu'elles fussent le jouet d'intrigants et d'intrigantes sans pu-
 « deur, combien il est peu probable que les classes élevées d'alors
 « se fussent résignées de bon gré à ouvrir leurs rangs au premier
 « venu sans titre, sans raison, sans garantie... Non, il fallait « de
 « l'amour sans scandale et du plaisir sans peur ». Giraud, *loc. cit.*,
 p. 678.

qu'il est un cri général de protestation. D'ailleurs, il est certain que, pendant fort longtemps, on s'est mépris sur le sens de la règle de l'ancien droit ; on ne faisait pas la distinction du provisoire et du fond et l'on s'imaginait qu'il suffisait à la fille mère de désigner un homme comme étant le père de son enfant pour que, sur-le-champ, et sans autre forme de procès, la paternité du défendeur soit proclamée. Et même, en admettant que cette procédure consacrée par la maxime *Virgini creditur* ne fût pas parfaite et qu'elle pût prêter à des abus ou à des erreurs regrettables, il serait faux et prématuré d'en conclure que la recherche de la paternité doit être interdite. Si la procédure est défectueuse, il est seulement besoin de la réformer et de la corriger.

Les législations étrangères du XV^e au XIX^e siècle.

Comme nous l'avons déjà montré, c'est un mouvement général d'amélioration du sort des enfants naturels qui se dessine à la fin du Moyen Age. Il est dû à ce fait que les bâtards ne trouvent plus protection auprès des seigneurs et qu'ils tombent à la charge des communes. Jusqu'à cette époque, par suite du jeu des institutions sociales, la question de la filiation naturelle ne s'était réellement pas posée. Nous avons déjà montré comment elle était apparue vers le quinzième siècle. Il faut également enregistrer parmi les causes favorables aux enfants naturels l'influence du droit romain qui devient prépondérante à cette époque.

Ainsi, en Allemagne, le principe consacré par les vieilles coutumes qui refusaient tout droit aux enfants illégitimes disparaît. C'est le système romain qui va le remplacer. L'enfant entre dans la famille de sa mère ; et les *liberi naturales*, nés du concubinat, peuvent réclamer des aliments à leur père. Mais, bientôt (en 1530), le concubinat cesse d'être sanctionné par la loi. Dès lors on assimile tous les enfants naturels aux *liberi naturales*, même les enfants adultérins et incestueux. Ils ont tous droit à des aliments. Les auteurs allemands considèrent généralement

ce mouvement comme un réveil du vieux droit germanique si favorable aux enfants naturels (1). D'autres n'y voient que la conséquence d'une interprétation fautive d'une décrétale du *Corpus juris canonici*, qui consacrerait, d'après certains auteurs, le droit de tous les enfants naturels, même des adultérins et incestueux, à réclamer des aliments de leur père (2). Quoiqu'il en soit, le droit des illégitimés était reconnu. Ils sont rattachés à leur mère et peuvent demander des aliments à leur père, quelle que soit la nature de leur illégitimité. Dès cette époque, les législations germaniques ont trouvé leur solution du problème de la filiation illégitime, et elles ne la modifieront jamais plus.

Ce même principe se rencontrait dans l'ancien droit belge (3) et spécialement dans les coutumes du Brabant, où tous les bâtards, sans exception, avaient le droit d'être nourris et élevés par leurs père et mère jusqu'à ce qu'ils fussent en état de se suffire à eux-mêmes. Les coutumes du comté de Flandre, Audenarde, Termonde, Poperinghe (4), adoptent la même solution. Aucun enfant n'est bâtard de par sa mère ; l'enfant naturel est assimilé à un enfant légitime dans la famille maternelle ; il hérite de tous les parents de sa mère, et ceux-ci recueillent ses biens. Le père est seulement tenu de lui fournir des aliments. C'est toujours la solution germanique qui s'affirme.

En Suisse, c'est également avec le quinzième siècle qu'apparaît l'action en recherche de paternité. Jusqu'à cette époque, l'enfant était uniquement rattaché à sa mère ; mais avec l'affaiblissement de la féodalité, l'accroissement de la population et, en particulier du nombre des enfants naturels, ceux-ci, abandonnés à des femmes sans

(1) Roth. *Bayerisches Zivilrecht*, I, p. 461-462 et la majorité des auteurs.

(2) Voy. H. Robert. *De la condition juridique de l'enfant naturel dans le C. c. suisse et le C. c. allemand*, 1912, p. 20.

(3) Voy. Britz. *Code de l'ancien droit belge*. T. II, p. 559. — Cf. discours de M. Léger au Sénat belge, 1907, n° 171, p. 174.

(4) Audenarde, art. 38, rub. XXIII. Termonde, rub. XXVI, art. 12. Poperinghe. T. X, art. 50-51.

ressources, tombaient à la charge des communes. C'est alors que celles-ci songèrent à poursuivre le père pour lui faire supporter les frais d'entretien de l'enfant. La procédure était d'ordinaire très simple (1) ; elle se caractérisait par deux actes principaux. C'était d'abord l'obligation, pour la mère, de *déclarer* sa grossesse à l'autorité compétente. Aussitôt après, l'action en recherche de paternité était intentée d'office. Cette déclaration de la fille mère n'était d'ailleurs pas facultative et volontaire, mais obligatoire et forcée. On comprend l'intérêt primordial qu'avaient les communes à s'enquérir auprès de la mère, afin de se décharger de l'entretien de l'enfant. Dans la plupart des cantons, cette déclaration préalable, qui devait être faite dans un certain délai, était la condition indispensable de l'admissibilité de l'action. Cette déclaration de grossesse n'est d'ailleurs pas spéciale à la Suisse ; on la rencontre également à la même époque en France. Un édit de Henri II, de février 1556, prévoit et punit le « recelé » de grossesse et d'accouchement ». Toute fille ou veuve enceinte, qui ne faisait pas la déclaration de grossesse obligatoire et n'informait pas davantage les autorités de l'accouchement, était réputée avoir « homicidé » son enfant. A ce titre, elle était punie de mort et dernier supplice (2).

La seconde caractéristique de la procédure réside dans l'importance extraordinaire attachée au *serment*. Il est, en effet, le mode de preuve le plus fréquemment employé au Moyen Age, à cette époque de foi ardente, où les individus, redoutant d'attirer sur leur tête la vengeance divine, hésitaient à commettre un parjure. La fille-mère a donc l'obligation de désigner par serment le père de son enfant. « Une fille ou femme étant enceinte, dit le coutumier « d'Estavayer, devra, au temps de son accouchement, ou « incontinent après qu'elle sera accouchée, être exami-

(1) Voy. pour plus de détails notre chapitre sur la procédure.

(2) Fontanon, I, 671. Cette déclaration de grossesse est encore signalée par M. Duval. *Cahiers de la Marche et Assemblée du département de Guéret*, p. 118. Voy. Viollet, *op. cit.*, p. 469.

« née par serment pour déclarer à qui l'enfant appartient, « et sera tenu l'homme ou le garçon iceluy enfant recevoir et tenir pour sien » (1). Ce serment est d'ordinaire refusé à la fille de mauvaise vie (*ünbescholten*). On réserve d'habitude à l'homme ainsi désigné le moyen de repousser l'accusation en prêtant le serment purgatoire. Enfin une forme particulière de serment était fort employée à cette époque : c'était le serment déferé à la mère qui se trouvait en travail d'enfant (*Genieszverhör*). Cette coutume barbare, qui, cependant, s'était conservée jusqu'à nos jours dans certains cantons de la Suisse (2) reposait sur cette idée que la femme déchirée par les douleurs de l'enfantement et courant le risque de mort, n'oserait pas braver, à ce moment suprême, la justice du Tout-Puissant, en commettant un parjure. Ainsi donc on peut dire qu'à cette époque le procès en recherche de paternité était tranché par le moyen du serment. Le défendeur était ordinairement assez mal protégé contre de telles attaques. S'il pouvait opposer à la mère sa vie d'inconduite et de débauche (*Beweis des schlechten Leumunds*), il ne lui était pas toujours permis d'invoquer l'*exceptio plurium*, c'est-à-dire le fait que la mère avait eu commerce avec plusieurs individus pendant la période légale de la conception. Certains cantons n'hésitaient pas à condamner solidairement tous les concubins. Ce dernier système était encore en usage dans les cantons d'Uri et de Bâle-Campagne, au moment de la promulgation du Code civil suisse.

L'action en recherche de paternité était, à cette époque, purement pécuniaire. Elle avait surtout pour but de réparer le dommage causé à la fille mère par la grossesse et l'accouchement. Le défendeur était condamné à rembourser à la mère ses frais de couches (*Kindbettkosten*); de plus, si celle-ci était vierge, il lui devait une indemnité pour le préjudice moral qu'elle avait subi : cette action, généralement connue sous le nom de « *Deflorationsklage* »

(1) Coutumier d'Estavayer de 1671, p. 121.

(2) Uri. Schwytz. Obwald. — Voy. Huber, *op. cit.*, T. I, p. 514.

était également dénommée, selon les pays « Klage auf « Megtüm und Blumen » ou « Klage für das Kränzli » (1). Cette indemnité était parfois fixée d'une manière forfaitaire ; elle était de 20 livres à Nidwald, de 5 livres à Willisau, de 10 gulden à Lucerne, de 2 ducats à Valmaggia (2). Mais le défendeur était aussi condamné à subvenir à l'entretien de l'enfant. Sur ce point, la plus grande diversité régnait dans les législations cantonales : tantôt le père assumait la charge totale de l'entretien, tantôt il devait seulement y contribuer dans une proportion variable selon les cantons (3). Dans un but de protection de la famille légitime, l'homme marié était fréquemment l'objet de faveurs particulières. Il était dispensé de toute contribution à l'entretien de l'enfant, ou bien il n'était tenu que pour la forme. Ainsi, à Berne et à Lucerne, il n'était tenu à rien d'autre qu'à « ein Paar Schuhe für den Blumen » (4).

Enfin, une dernière particularité doit être signalée dans les législations cantonales suisses à propos de la condition juridique des enfants naturels. C'est l'octroi de faveurs spéciales aux enfants nés de fiancés (Brautkinder). Dans notre droit moderne, les fiançailles ne sont plus sanctionnées légalement. Mais, à cette époque, elles avaient une réelle valeur au point de vue légal. On s'accorde généralement à voir, dans cette tradition, l'influence du droit canon. En effet, nous avons vu qu'il faisait au séducteur un devoir de doter la fille qu'il avait déflorée ou de l'épouser. De plus, le Concile de Trente avait décidé que la promesse de mariage, suivie de cohabitation des fiancés, valait mariage (5). Les enfants nés dans ces conditions

(1) Amtsrecht, von Willisau. *Zeitschrift für schw. Recht*, V, p. 101.

(2) *Zeitschrift für schweiz. Recht*, VI, p. 185.

(3) Voyez Mohr, *op. cit.*, p. 12.

(4) Leüenberger. *Studien für bern. Rechts gesch.*, p. 241.

(5) Voyez Stobbe. *Handbuch des deutschen Privatrechtes*. Vol. 4, p. 407. — Au regard de l'Eglise, la rupture injustifiée d'une promesse de mariage constituait pour l'autre partie un acte illicite dont elle pouvait demander réparation en exerçant l'*actio matrimonialis* ou *ex sponsu*, tendant à la célébration du mariage. Cf.

étaient considérés comme légitimes ; peu importait que le mariage ne pût se réaliser par la suite. L'enfant suivait le statut de son père ; il était rattaché à lui par les liens de famille. Dans ce cas, l'action en recherche de paternité apparaissait donc comme une véritable action d'état. Mais elle était refusée à la fille de mauvaise vie. On considérait donc que la fille honnête (ehrenhaft), qui avait eu un enfant naturel, n'avait dû se livrer qu'en vue d'une union dont elle croyait la réalisation prochaine et certaine. Il en résultait que, même si la preuve de la promesse de mariage n'était pas rapportée, on présumait que cette promesse avait dû cependant intervenir, lorsqu'on se trouvait en présence d'une demanderesse qui jouissait d'une bonne réputation (1). Ainsi, sous l'influence de cette tradition spéciale aux enfants nés de fiancés, la condition générale des enfants naturels s'améliora sensiblement en Suisse au cours des seizième et dix-septième siècles ; ceux-ci ne furent, certes, pas assimilés à des légitimes, mais, dans un grand nombre de cantons, ils étaient rattachés à leur père et non plus seulement à leur mère. Ils avaient droit à des aliments, mais aussi à son nom, à sa protection, à une part dans sa succession. A la veille de la Révolution française, la situation des enfants naturels est donc très favorable en Suisse ; elle est fondée sur le principe de paternité (Paternitätsprinzip). Mais nous constaterons alors un fort mouvement de régression au dix-neuvième siècle ; nous en étudions, quelques pages plus loin, les causes et les effets.

C'est également vers la même époque, sous le règne d'Elisabeth, que l'action en recherche de paternité apparaît en Angleterre (2). Le pouvoir féodal recule devant les

Jacottet (Code civil neuchâtelois, vol. I, p. 67). Aux termes de l'*Ordonnance contre l'impureté*, édictée à Fribourg en 1764, l'homme qui, après avoir pris l'engagement écrit ou oral devant deux témoins d'épouser une femme et qui ne tient pas sa promesse, doit être banni (verbannt) de la commune jusqu'à ce qu'il s'exécute (art. 13).

(1) Cf. Peyer, *op. cit.*, p. 7.

(2) Loi sur les pauvres (18, Elisabeth, 3).

progrès du pouvoir royal. Les enfants naturels ne trouvent plus protection auprès des seigneurs ; ils tombent à la charge des paroisses qui exercent avec âpreté, des poursuites contre les pères naturels. D'ailleurs, des peines sont édictées à cette époque contre la fille-mère qui a porté préjudice à la société en lui imposant la charge de son enfant. Elle est punie, pour sa première faute, d'un emprisonnement d'un an et, en cas de rechute, d'une nouvelle détention qui dure tant qu'elle n'a pas trouvé un garant de sa bonne conduite (1).

Il convient enfin de dire quelques mots de la solution particulièrement satisfaisante que donnait de la recherche de la paternité l'ancien droit toscan. Un homme ne pouvait être condamné comme étant le père d'un enfant que si l'on prouvait qu'il s'était réellement considéré comme tel, *opinione e coscienza del supposto padre* (2) ; ou bien, alors, il fallait démontrer qu'il y avait eu cohabitation entre la mère et le défendeur à l'époque de la conception, qu'ils avaient vécu *more uxorio* et que la femme n'avait eu commerce qu'avec le seul défendeur : cette preuve était connue sous le nom de la « custodia del ventre ». On admettait donc, en quelque sorte, la preuve de la filiation naturelle par la possession d'état. D'ailleurs, la *Sacra Romana Rota*, qui a été pendant des siècles l'interprète officiel du droit canon et du droit commun en Italie, permettait à l'enfant illégitime de prouver sa filiation par une *quasi possessio filiationis* pouvant résulter *ex nativitate, ex nominatione, ex tractatu, ex fama* (3).

Droit intermédiaire.

Nous arrivons à l'une des époques les plus troublées et les plus intéressantes de notre droit : la période révolu-

(1) 7. Jacq. I. 4. Loi abrogée sous George III, 6, 8.

(2) Cette preuve résultait en particulier de soins et de secours pécuniaires donnés à l'enfant.

(3) Cf. Torre de Lavagna. *La Recherche de la paternité naturelle en Italie et en France*, Paris 1892, p. 28 et suivantes. — Gabba. *Nuove questioni di diritto civile*. vol. II, Turin 1906, pages 303, 304 et note.

tionnaire. C'est le bouleversement le plus complet de toutes les idées, de toutes les théories politiques, sociales et juridiques. Dans leur désir ardent d'extirper tous les vices de la société corrompue, et de libérer d'une longue servitude les opprimés, les faibles, tous ceux qui subissaient le joug de l'autorité comme ceux qui étaient exclus de la famille, les hommes de la Révolution voulurent, d'emblée, réaliser leurs rêves d'idéologues et appliquer les grands principes qu'avait exaltés la philosophie du dix-huitième siècle. Ils ne se soucient pas de la tradition ; bien au contraire, ils travaillent à la détruire. Ils ne s'inquiètent pas de rechercher si les mœurs s'harmonisent avec leurs conceptions. Ce sont des théoriciens et des logiciens : la Raison est leur déesse. Il faut extirper de la conscience publique tous les préjugés qui sont la cause des inégalités et des injustices les plus odieuses ; or, l'inégalité et l'injustice sont intolérables, car elles sont contraires à la nature. La nature seule est juste et morale ; c'est la civilisation qui a engendré le mal. Il faut proclamer le principe de la liberté individuelle, de l'inviolabilité de la personne humaine ; il faut assurer à chacun le libre et plein épanouissement de sa personnalité.

La famille ne devait pas résister à cette attaque violente. Elle fut ébranlée jusque dans ses fondements par la tourmente révolutionnaire, et si elle allait bientôt retrouver le calme, elle en sortit du moins considérablement transformée. C'est, qu'en effet, « le culte de la déesse Raison est l'ennemi du culte des Lares et des Termes » (1). D'abord le droit d'aînesse, la clef de voûte de la famille noble, avait été aboli à jamais. Tous les enfants reçoivent désormais une part égale des biens de leurs parents ; mais, en soumettant, selon le mot de Balzac, les fortunes au jeu périodique du pilon, on avait gravement compromis l'intégrité et la force du groupe familial. Mais, qu'importe ! L'intérêt de l'individu prime désormais l'intérêt du groupe. Il ne doit rien abdiquer de sa personnalité, ne consentir aucun sacrifice en faveur de la famille. Il doit vivre libre, orga-

(1) Lalande, *op. cit.*, p. 335.

niser sa vie à sa guise, assurer son développement personnel. Pas de liens, pas d'entraves, pas de contrainte. La liberté est l'un des dogmes de la Révolution. Ainsi la puissance paternelle est considérablement affaiblie ; la femme mariée devient l'égale de son époux ; le mariage peut être facilement dissous. Quant aux enfants naturels, il n'est que temps de lever l'anathème qui pèse sur eux. On leur doit de les réhabiliter et de mettre fin à la monstrueuse injustice dont ils sont les victimes séculaires. « Il faut porter nos regards, dit Cambacérès, vers une classe d'« fortunés depuis longtemps victimes du préjugé le plus « atroce. » Préjugé stupide, en effet, de considérer comme honteuse la naissance hors mariage. Quel crime ont donc commis les parents en s'aimant, sans avoir préalablement requis la permission des autorités publiques ? L'amour est dans la nature ; il est moral et noble ; c'est la doctrine religieuse qui l'a condamné. Mais il n'en peut être ainsi dans une société affranchie de toute idée préconçue, édifiée sur les fondements de la raison pure, où tous les individus sont libres et maîtres de leur vie. « Ceux qui s'aiment « sont époux », dit Saint-Just. Voilà la vraie morale.

Et quelle injustice effroyable de condamner des innocents pour une faute qu'ils n'ont pas commise, si faute il y a ? Encore la conséquence d'un absurde préjugé, né du dogme chrétien du péché originel : il faut aussi l'effacer de la conscience publique. La Raison a pour effet de détruire tous les préjugés. Il faut préparer le règne de la Justice. Pourquoi cette distinction injustifiable entre les enfants légitimes et les enfants naturels ? N'ont-ils pas été conçus par un même acte ? Leur naissance n'a-t-elle pas obéi aux mêmes lois de la nature ? Toute distinction conduit à l'inégalité ; et l'inégalité est intolérable. Les législateurs révolutionnaires ont la noble et généreuse ambition de faire régner partout l'Egalité. Il ne s'attardent pas à étudier l'état des mœurs et de l'opinion ; ils ne cherchent pas à déterminer les conditions nécessaires de la vie en société ; ils repoussent toute idée traditionnelle comme un vestige d'un régime d'iniquité et d'injustice. Il faut faire table rase du passé et instaurer une société nouvelle

fondée sur des principes rationnels, conforme à un idéal philosophique. Les révolutionnaires sont des idéologues et des logiciens. Ils dressent la Raison et la Nature contre la Société, la Tradition et l'Histoire. « La déclaration des « droits, dit le Montagnard Chabot au Club des Jacobins, « établit que tous les hommes naissent égaux en droit ; « cet article ne suffit-il pas à établir tous les titres des « enfants naturels ? Il n'est d'autre mariage que celui de « la nature... Comment devrait-il y avoir des enfants illégitimes ? N'ont-ils pas, comme tous les autres, ce qui « constitue l'homme ? Est-il quelque différence dans la « nature ? »

Ainsi se préparait la réhabilitation morale et sociale des enfants naturels. Au nom de la justice et de l'égalité ils sont assimilés par la loi du 12 Brumaire an II aux enfants légitimes. Ils entrent dans la famille de leurs père et mère ; ils peuvent y réclamer tous les droits des enfants légitimes, en particulier les droits de succession. Ainsi le mariage n'est plus l'unique source de la famille ; il peut y avoir un groupe familial, alors même que celui-ci a été constitué sans l'assentiment des parents. Si les droits conférés aux enfants naturels sont étendus jusqu'à l'excès, par contre, la preuve de la filiation naturelle est considérablement aggravée. « Nous avons mis au même rang, « disait Cambacérès, tous les enfants qui sont reconnus « par leur père ; mais, en faisant un acte que la justice « réclamait, nous avons dû prévenir les fraudes et les « vexations. Aussi nous avons résolu d'écarter ces réformes inquisitoriales longtemps pratiquées dans l'ancienne « jurisprudence, et nous refusons toute action qui aurait « pour objet de *forcer* un individu à reconnaître un enfant qu'il ne croit pas lui appartenir. » De là, le texte de l'article 8 de la loi du 12 Brumaire : « Pour être admis « à exercer les droits ci-dessus dans la succession de leur « père décédé, les enfants nés hors mariage seront tenus « de prouver leur possession d'état. Cette preuve ne « pourra résulter que de la présentation d'écrits publics « ou privés du père ou de la suite des soins donnés à « titre de paternité et sans interruption, tant à leur entre-

« tien qu'à leur éducation ». Ainsi donc, sans être interdite, la recherche de la paternité n'était plus possible que si l'enfant naturel invoquait la possession d'état. Et même, bien que la loi du 12 Brumaire an II ne paraisse viser que les droits de succession, les tribunaux déclarèrent irrecevables les actions en recherche de paternité tendant à de simples prestations pécuniaires. Aliments et droits de succession sont impitoyablement refusés aux enfants qui ne peuvent invoquer la possession d'état (1). La preuve normale de la paternité, c'est l'acte de reconnaissance authentique ; la possession d'état n'est qu'une preuve subsidiaire ; elle est même réservée par la loi de Brumaire à une certaine catégorie d'enfants, ceux dont les parents étaient décédés antérieurement à la loi de Brumaire : c'est donc un régime transitoire. Les enfants naturels dont les parents sont encore vivants lors de la promulgation de la loi ne sont pas au bénéfice de l'article 8 : ceux-là ne peuvent prouver leur filiation qu'en produisant un acte de reconnaissance. Sans être proclamé, le principe de l'interdiction de la recherche de la filiation naturelle était implicitement admis.

Comment expliquer cette extraordinaire conséquence d'une loi issue d'une assemblée dominée par des principes de justice et d'égalité absolues et par le désir d'améliorer le sort des enfants naturels ? Le législateur de la Convention crut avoir assez fait en assimilant les enfants naturels aux enfants légitimes. Le principe d'égalité était satisfait. Par contre, il se montrait hostile à la recherche de la paternité. D'abord les abus de la procédure de l'ancien droit semblent l'avoir quelque peu ému ; dans une circulaire adressée aux tribunaux, le 6 Floréal an III, Berlier, président du Comité de législation de la Convention, déclare que « l'intérêt des bonnes mœurs et la tranquillité des familles exigeaient qu'on n'admit plus ces demandes scandaleuses en déclaration de paternité qui, à la honte de l'ancienne jurisprudence, retentissaient tous

(1) Voy. Cass. 19 vendémiaire an VII et 3 ventôse an XI. Baret, *op. cit.*, p. 63. Cf. Pouzol, *op. cit.*, p. 26.

« les jours devant les tribunaux » (1). Mais nous croyons que la principale raison de cette attitude du législateur de Brumaire, c'est la prédilection qu'il éprouvait pour la reconnaissance volontaire, pour cet acte librement consenti par la conscience de l'individu. Il a foi dans la loyauté et la grandeur morale de l'homme. Il s'est persuadé qu'il suffisait de proclamer le devoir moral qui incombe aux parents envers leurs enfants pour obtenir des père et mère naturels l'accomplissement volontaire de cette obligation. Il croit sincèrement qu'en mettant sur un pied d'égalité l'enfant légitime et l'enfant naturel, il a réhabilité ce dernier moralement et socialement et qu'il l'a définitivement lavé de la tache dont il est marqué depuis des siècles. Il faut assurer à l'individu le libre usage de ses facultés, le libre épanouissement de sa personnalité ; aussi toutes les institutions sociales qui restreignent cette liberté et imposent des limites à la volonté humaine sont-elles irrémédiablement condamnées aux yeux des théoriciens de la Révolution. Laissons à chacun le soin de discerner son devoir et de s'en acquitter : sa conscience est son guide le plus sûr et un guide infaillible ; il faut faire confiance à la nature humaine qui est essentiellement bonne, et qui reprendra ses droits aujourd'hui que la société nouvelle est purgée de tous ses préjugés et de toutes ses causes de corruption.

La réalité de la vie devait donner le plus cruel démenti au législateur révolutionnaire. Aveuglé par les idées des philosophes du dix-huitième siècle, il s'est trompé à la fois sur la nature humaine, sur les conditions d'organisation d'une société, sur l'importance et l'étendue de son rôle. Il a cru à l'omnipotence du législateur qui, sans tenir compte ni des mœurs, ni de la tradition, ni des opinions et même des préjugés, peut appliquer d'emblée ses principes théoriques et réaliser la société idéale, fruit de ses rêves d'idéologue et de logicien. Ignorant que, pour être féconde et durable, une loi doit être en harmonie avec la conscience sociale, il a pensé au contraire que c'était sur

(1) Fenet. T. VIII, p. 222-223.

la loi que se modelaient les mœurs et les sentiments. Funeste illusion, que partagent beaucoup de législateurs et dont nous aurons l'occasion de trouver des traces nombreuses au cours de ce travail. Quand ainsi le législateur a artificiellement accéléré l'évolution des idées, son œuvre devient vite inopérante et caduque ; la loi est lettre morte. Parfois même un mouvement de réaction se produit ; et ceux-là mêmes qu'on a voulu favoriser sont les premières victimes de la générosité d'un législateur imprudent. C'est ce qui arriva au lendemain de la Révolution. En fait, les pères non contraints de reconnaître leurs enfants, ne se soucièrent pas d'eux ; quant à la réforme successorale, elle a été une « pure mystification » (1) ; l'enfant, ordinairement abandonné par le père, n'était rattaché qu'à sa mère, la plupart du temps pauvre et sans ressources. Les enfants naturels, que les hommes de la Convention s'étaient vantés d'avoir réhabilités, étaient, en fait, dans la plus misérable des situations. Lamentable échec d'une œuvre essentiellement généreuse et humaine, mais hâtivement élaborée dans une époque de fièvre et de tourmente ! « Etrange « caractère, dit M. Pouzol, de cette législation intermédiaire qui, posant le principe de l'interdiction, *sans que* « *personne en ait eu nettement conscience*, devait façonner insensiblement les esprits à cette conception immorale de l'irresponsabilité du père » (2).

Le Code civil français.

Le législateur révolutionnaire avait donc brusqué l'évolution du droit. Aussi, quand la tourmente fut passée et que les esprits apaisés purent juger avec sang-froid l'œuvre de la Révolution, ils s'aperçurent que si certaines institutions avaient à jamais disparu, certaines autres restaient encore debout et étaient après l'assaut encore très vivaces. Sur plus d'un point les rédacteurs du Code civil

(1) Pouzol, *op. cit.*, p. 27.

(2) Pouzol, *op. cit.*, p. 27. — Cf. Lerebours-Pigeonnière. *La Famille et le Code civil*, livre du Centenaire, T. I, p. 271, 272, 273.

revinrent très en arrière du législateur révolutionnaire. Ces reculs dans l'histoire des peuples sont sans doute exceptionnels, parce qu'ils contredisent le progrès qui est la loi fondamentale de la vie sociale ; mais ils se produisent nécessairement quand, après le désordre, l'ordre se rétablit, quand, après l'élan impétueux, mais éphémère de la Révolution, la marche lente, mais continue de l'évolution reprend son cours éternel. De même qu'après l'orage, le fleuve subitement grossi, qui avait inondé et ravagé la campagne, rentre docilement dans son lit ; mais on observe parfois que ses rives sont modifiées ; il en était ainsi de certaines idées de l'ancien régime qui étaient irrémédiablement abandonnées. Si, d'une part, le Code civil sacrifie à la Révolution toutes les institutions que celle-ci avait définitivement ruinées, d'autre part, il renoue la tradition momentanément interrompue. Il se trouve en face d'une société bouleversée par la plus prodigieuse tourmente ; il a la tâche de la réédifier et, comprenant bien qu'on ne crée pas de toutes pièces une société, il assied ses bases sur les anciennes fondations et se contente seulement de les adapter aux idées nouvelles. « Il a donc surtout proposé les formules de transaction possibles entre les mœurs traditionnelles et les tendances nouvelles » (1).

En vue de cette œuvre de régénération, il commence par rendre à la famille une organisation, certes bien différente de celle de l'ancien régime, mais néanmoins très puissante. La famille est fondée sur l'autorité maritale et sur l'autorité paternelle ; sans doute le mari et le père doivent user de leurs pouvoirs dans l'intérêt du groupe et des enfants, mais cependant ils les exercent souverainement et sans contrôle. L'enfant contracte librement mariage, mais il est astreint à demander à ses parents un consentement dont ils sont seuls maîtres. Le divorce est cependant admis, mais il est regardé comme une institution dangereuse ; afin d'éviter qu'il ne soit demandé, dans un moment d'émportement, l'article 295 disposait que les époux divorcés

(1) Lerebours-Pigeonnière, *loc. cit.*, p. 267.

ne pourraient jamais plus se réunir, pour quelque cause que ce fût. Le mariage est très en faveur auprès du législateur napoléonien ; sanctifié par l'Eglise, il est l'unique source de la famille. Celle-ci forme un groupe puissant, uni, énergiquement protégé ; et si les individus qui le composent ne sont plus absorbés comme jadis par le groupe familial, il s'agit moins de permettre à chacun de développer sa personnalité que d'assurer la force et la prospérité de la famille ; il faut la défendre contre toutes les attaques, écarter d'elle tous les dangers, sévir contre ceux qui se soustrayaient à ses liens. On comprend qu'en face d'un groupe aussi puissamment constitué et fermé aux étrangers, l'enfant naturel ne peut avoir qu'une très médiocre situation. Le droit de l'enfant naturel importe peu, parce que c'est le droit d'un individu, d'un isolé, et qu'il ne peut prévaloir contre le droit de la société. « L'enfant naturel, placé en face de la famille légitime, est un « créancier odieux » (1). Cette phrase, échappée des lèvres du tribun Siméon, caractérise fort bien la position prise par le Code civil relativement à la question de la filiation naturelle. Comme dans l'ancien droit, l'enfant est donc exclu du groupe familial ; il n'est rattaché par aucun lien de famille ni à son père, ni à sa mère. S'il recueille une part minime de l'hérédité, c'est au titre humiliant de successeur irrégulier ; celui d'héritier lui est refusé. On lui fait bien sentir qu'il est marqué d'un signe d'infamie et qu'il est indigne d'entrer dans la famille légitime. C'est un intrus dont les prétentions doivent être rejetées, dès que, par un hasard malheureux, elles contredisent les droits absolus des membres de la famille légitime (art 337). « Tant pis pour les enfants naturels qui en souffriront, « mais la morale et l'intérêt social, liés à la cohésion des « familles, recommandent de réserver ostensiblement « toutes les faveurs pour la famille légitime, fondée sur « l'union perpétuelle et solidaire de l'homme et de la

(1) Fenet. T. XII, p. 231.

« femme, et de ne pas faire la honte des naissances qui
« sont le fruit d'une union passagère » (1).

Comme il accordait des droits très restreints aux enfants naturels, le législateur de 1804 eût dû, logiquement, lui ouvrir largement l'action en recherche de paternité. On sait qu'il proclama au contraire le principe de l'interdiction. L'histoire de la genèse de l'article 340 a été maintes fois rapportée, depuis la remarquable étude de M. Giraud dans la *Revue critique* (2). Nous n'en rappellerons que les traits essentiels.

La discussion que motiva au Tribunat la question de la recherche de la paternité, n'eut pas lieu à propos de l'article 340, mais sur le texte de l'article 60 du projet (aujourd'hui art. 336). Il disposait que « s'il est déclaré que l'enfant est né hors mariage et si la mère en désigne le père, le nom du père ne sera inséré dans l'acte de naissance qu'avec la mention formelle qu'il a été désigné par la mère ». Ce texte parut suspect, parce qu'on considérait qu'il faisait revivre indirectement la maxime *Virgini creditur*. Cependant le projet fut adopté ; sur douze orateurs qui avaient pris part à la discussion, trois seulement prirent position contre la recherche de la paternité ; quatre étaient indifférents ; cinq avaient énergiquement défendu le principe de l'autorisation ; parmi ces derniers, deux s'étaient particulièrement fait remarquer : Andrieux, qui appelait la règle de l'interdiction une « maxime de fer » ; et surtout Duveyrier, qui prononça un long et éloquent plaidoyer : « Chaque enfant naturel ainsi privé par l'insouciance ou la barbarie de la loi, du droit de sa naissance, c'est-à-dire de son état civil ou des moyens de le recouvrer, présente l'image d'un *assassinat civil*. Chaque enfant naturel arraché ainsi, par l'insouciance ou la barbarie de la loi à la famille qui pouvait le réclamer à la société qui doit toujours l'attendre, est un délit social... Si toute recherche de la paternité est interdite

(1) Lerebours-Pigeonnière, *loc. cit.*, p. 282. Voyez Fenet, T. x., p. 198.

(2) Giraud, *Revue critique*, 1884, p. 604 et suivantes.

« hors le mariage, si la mère naturelle n'a pas même le
 « droit de solliciter par un signe public, je ne dis plus la
 « tendresse ou la bienveillance, je dis la pudeur de
 « l'homme qui l'a rendue mère, quel frein laissez-vous
 « donc aux passions humaines, aux dérèglements, à la
 « débauche ? Est-ce l'impunité de désordre social que
 « vous décrétez, que vous érigerez en système social en
 « loi civile ? Eh ! que n'ordonnez-vous aussi que les cor-
 « rupteurs seront affranchis du remords ? » (1). Ainsi le
 principe de l'autorisation de la recherche de la paternité
 était approuvé et voté.

Mais c'était contredire l'opinion du Premier Consul qui, à la séance du 26 Brumaire an X, avait prononcé cette phrase tristement célèbre : « La Société n'a pas d'intérêt
 « à ce que les bâtards soient reconnus » (2). Bonaparte ne souffrait pas qu'on lui résistât ; il commença par retirer le projet de Code contenant l'article 60 sous prétexte que la discussion n'avait pas eu lieu avec le « calme » et « l'unité d'intention » désirables. Mais, bientôt, usant d'une mesure plus énergique, il procéda à ce qu'on appela l'« épuration » du Tribunal ; il faisait ainsi disparaître, par cet acte brutal, tous les contradicteurs gênants. Le Tribunal était renouvelable par cinquième au tirage au sort ; mais, pour atteindre sûrement son but, Bonaparte chargea le Sénat de choisir, sur ses indications, les membres de l'assemblée qui étaient favorables à son opinion ou assez souples pour se soumettre. Le projet revint donc devant la Section de législation du Tribunal ainsi « épuré ». Dès lors, la solution ne faisait plus aucun doute. On s'entendit pour déclarer que la recherche de la paternité devait être interdite, si l'on voulait éviter les scandales, les désordres, et sauvegarder la dignité et la paix de la famille légitime. « Depuis longtemps, dit M. Bigot-Préameneu, dans l'ancien régime un cri s'était élevé contre les recherches de la

(1) Voyez Fenet, T. VIII, p. 109 et suivantes. — Conf. Coste-Floret. *La Recherche judiciaire de la filiation naturelle*, p. 103 et suiv.

(2) Fenet, T. X, p. 77.

« paternité ; elles exposaient les tribunaux aux débats les
« plus scandaleux, aux jugements les plus arbitraires, à la
« jurisprudence la plus variable. L'homme, dont les che-
« veux avaient blanchi dans l'exercice de toutes les ver-
« tus, n'était point à l'abri d'une femme impudente ou
« d'enfants qui lui étaient étrangers » (1). Le tribun La-
hary s'écrie de même : « Que d'intrigants nés dans la con-
« dition la plus abjecte avaient l'incroyable hardiesse de
« prétendre s'introduire dans les familles les plus distin-
« guées et surtout les plus opulentes ! » (2).

Enfin, le tribun Duveyrier lui-même, celui qui, quelques mois auparavant, avait défendu si éloquemment et si ardemment le principe de l'autorisation de la recherche, était maintenant au nombre des partisans de l'interdiction et soutint cette nouvelle thèse dans un long plaidoyer, où il s'élevait contre les inconvénients et les abus de l'autorisation de la recherche de la paternité. « Il est injuste et
« insensé, disait-il, de vouloir qu'un homme soit, malgré
« lui, convaincu d'un fait dont la certitude n'est ni dans
« la combinaison de la nature, ni dans les institutions de la
« société » (3). « Et, véritablement », dit M. Giraud, qui s'indigne de cette volte-face, « nous aimons mieux croire
« à M. Duveyrier, faisant partie d'un Tribunat libre encore,
« qu'à M. Duveyrier faisant partie d'un Tribunat asservi
« ou annulé » (4). Le tribun devait, d'ailleurs, recevoir la récompense de cet acte de soumission servile : il fut nommé peu après président de la Cour d'appel de Montpellier.

C'est dans ces conditions que fut voté l'article 340 consacrant le principe de l'interdiction de la recherche de la paternité : c'est dire que ce fut là l'œuvre personnelle de Bonaparte. On devait d'ailleurs lui reprocher amèrement la parole « cynique, criminelle », qu'il avait prononcée le

(1) Cité par Glasson. *Éléments du droit français*, T. I, p. 269.

(2) Fenet, T. x, p. 198.

(3) Voyez Fenet, T. x, p. 202.

(4) Giraud, *loc. cit.*

26 brumaire an X ; on devait le rendre responsable de cette « monstruosité légale et morale » que constitue l'article 340. Aussi a-t-on pu dire avec quelque raison que cette disposition du Code « avait été le résultat d'une sur-
« prise, presque d'un *coup d'Etat*; et ceux qui la soutien-
« nent doivent reconnaître qu'ils soutiennent avant tout
« l'œuvre et les *idées du Premier Consul* » (1). Au reste,
« cette opinion de Bonaparte sur ce point spécial, paraît
s'accorder à merveille avec son caractère et sa mentalité,
et servir admirablement son but. D'abord il cherche à or-
ganiser une société forte, unie, prospère, à l'abri des atta-
ques et du désordre ; il est certain que des actions telles
que celles relatives à la recherche de la paternité sont
de nature à jeter le trouble dans le corps social. De plus,
on sait que Bonaparte traitait les femmes avec mépris et
dureté. « Napoléon, dit Lanfrey, professait, au sujet des
« femmes, des opinions à la Turque, d'un positivisme bru-
« tal et soldatesque, dont on ne trouve que trop d'exem-
« ples dans la théorie du Code, et, chose caractéristique,
« il prétendait les moraliser en abaissant leur condi-
« tion » (2). Enfin, de même que les riches Romains, les
seigneurs du Moyen Age tiraient profit de la condition infé-
rieure des enfants naturels. Napoléon avait intérêt à ce
que les enfants illégitimes restassent hors la famille, iso-
lés, sans secours et sans ressources ; car il assurait de la
sorte le recrutement de ses nombreuses armées ; à ces
êtres sans famille, sans foyer, sans affection, il offrait la
vie aventureuse des camps et des expéditions lointaines.
Ainsi la prohibition de la recherche de la paternité était,
pour lui, comme une sorte de « nécessité d'Etat » (3).

(1) Rapport sur la proposition Rivet, *Journal Officiel*, doc. parl. Chambre des Députés, 1897, p. 1407 et suivantes.

(2) Lanfrey, *Histoire de Napoléon*, T II, p. 424.

(3) Giraud, *loc. cit.* — Viviani. Rapport sur la proposition Rivet. *J. Off.* Doc. parl. Chambre. Séance extraordinaire, 1900, n° 2078, p. 9 du rapport. — Conf. Crémieux, *op. cit.*, p. 211.



Le Code Napoléon ayant été le grand modèle législatif du dix-neuvième siècle, l'article 340, c'est-à-dire le principe de l'interdiction de la recherche de la paternité devait être adopté par un grand nombre de pays : la Belgique (art. 340), la Hollande (Code civil du 11 octobre 1838), la Roumanie (Code civil, 4 décembre 1864), la Pologne (loi du 23 juin 1825), le Jura Bernois (Code Nap., art. 340), le canton de Genève (Code civil, art. 340), le royaume des Deux-Siciles, les Duchés de Parme et de Modène, reproduisent textuellement la disposition de l'article 340. Les autres législations consacrent le principe de l'interdiction, mais admettent certaines exceptions : l'Italie (art. 189), le Code Péruvien, 28 juillet 1852, les cantons de Vaud et du Tessin ajoutent le cas de viol à celui d'enlèvement. Outre les hypothèses du viol et de l'enlèvement, l'Espagne (Code civil, art. 135), et le Portugal (Code civil, art. 130), permettent la recherche de la paternité quand il existe un aveu écrit de paternité émané du père, et quand il y a possession d'état. Le Code civil du Mexique, 20 décembre 1870, prévoit aussi le cas où le père s'est engagé à entretenir l'enfant. Le Code du Honduras, de 1880, ajoute aux cas de viol et d'enlèvement celui de concubinage. Cette dernière hypothèse est également prévue par le Grand-Duché de Bade qui reproduit le principe du Code Napoléon, mais en ajoutant les cas d'entretien de la mère, de concubinage et d'aveu de paternité.

Nous avons vécu en France pendant plus d'un siècle sous ce régime d'irresponsabilité paternelle ; et nous n'avons pas constaté qu'il entraîna quelque amélioration dans les mœurs. Bien au contraire, les naissances illégitimes se multiplièrent et atteignent aujourd'hui près du tiers des naissances légitimes dans les grands centres, et particulièrement à Paris ; les infanticides auxquels l'article 340 provoque les filles mères abandonnées et sans ressources, affolées par la honte et la misère, sont devenus relativement fréquents ; les avortements croissent avec

une inquiétante rapidité : la mortinatalité et la mortalité font presque deux fois plus de victimes parmi les enfants naturels que parmi les enfants légitimes. La criminalité enfantine est la grande tare de notre époque. Et s'il peut paraître exagéré de rendre responsable de tant de malheurs et de crimes la règle de l'article 340, on peut du moins affirmer sans crainte d'erreur, qu'elle y a largement contribué (1). D'ailleurs l'opinion publique n'a cessé de protester contre elle : elle a protesté par le roman, par le théâtre, par le journal, par la parole, enfin par une extrême indulgence envers les filles qui se rendent coupables d'infanticide ou se laissent aller jusqu'à vitrioler ou à tuer l'amant qui les a abandonnées. Des hommes appartenant à tous les partis, à toutes les opinions, ont réclamé l'abrogation de l'article 340 : à la suite de Le Play, le célèbre apologiste de la famille, qui fut l'un des premiers à élever la voix, ce furent MM. Jacquier, Lacoïnta, Accolas, Bérenger, Rivet, Sembat, Vandervelde, Menger, etc... Les notes discordantes sont très rares : il faut cependant citer la grande autorité de Brunetière et l'ouvrage de MM. Coulet et Vaunois (2).

L'article 340 et la jurisprudence.

Mais la protestation la plus énergique et la plus significative devait être celle de la jurisprudence qui, par une application ingénieuse et hardie de l'article 1382, sut adou-

(1) Voyez sur tous ces points les documents de statistique publiés par M. Pouzol dans son ouvrage remarquable sur la *Recherche de la paternité*, Paris, Giard et Brière, 1902.

Quelques chiffres significatifs : En 1910, il est né en France 707.412 légitimes contre 63.978 illégitimes ; parmi ces derniers 11.652 seulement ont été reconnus par leur père. A Paris les enfants naturels sont dans la proportion de 1 à 3 avec les légitimes : pendant la 30^e semaine de 1913, il y a eu 690 légitimes et 229 illégitimes, dont 31 seulement ont été reconnus. Mortinatalité 44 p. mille légitimes ; 73 p. mille illégitimes. — Décès en bas âge 150 p. mille légitimes, 266 p. mille naturels.

(2) Voyez notre bibliographie.

cir la rigueur de l'interdiction de la recherche de la paternité, et n'hésita pas à contredire la règle absolue de l'article 340 pour accueillir la plainte de la fille séduite et lâchement abandonnée et condamner le séducteur et père de l'enfant à l'indemniser du préjudice subi et de ses charges nouvelles. Grâce à la disposition riche et féconde de l'article 1382 dont on a dit qu'elle était « un code à elle » (1), la jurisprudence a pu humaniser, corriger la loi, l'approprier, selon l'équité, aux circonstances de fait. « Ainsi le juge est devenu législateur à côté du « législateur officiel » (2) ; ou, du moins, il a fait une œuvre analogue à celle du préteur à Rome. Si, au nom de la pure technique juridique et de la stricte application des principes du droit, on peut critiquer cette jurisprudence, au nom de l'équité et de l'humanité, on ne peut qu'approuver et louer hautement cette initiative généreuse qui honore les tribunaux. « Quant à la jurisprudence qui tient « compte du fait de la génération pour accorder des dommages-intérêts à la mère, elle est illogique et illégale, « comme tout ce qui est prétorien. Le législateur de 1804 « avait bien voulu l'interdire comme tout le reste, la jurisprudence a violé sciemment la loi. On ne peut l'approuver que comme conduisant peu à peu à une loi plus « humaine » (3). Cette jurisprudence ne fut pas un phénomène isolé, spécial à la France ; nous la rencontrons dans la plupart des pays qui avaient adopté le principe de l'article 340, en Belgique, en Italie, en Roumanie, dans les cantons de Genève et de Vaud (4). C'est un mouvement

(1 et 2). Picard. Sénat belge 1907, n° 167, p. 168. Les travaux préparatoires de la loi belge du 6 avril 1908 ont été publiés en un volume par M. Leclercq, avocat général à la Cour d'appel de Bruxelles. Nos références se rapportent à cette publication.

(3) De la Grasserie. La preuve de la Parenté. *Revue critique*, 1907, p. 361.

(4) Pour la Belgique, voyez Bruges, 13 août 1879, *Pas.*, 1880.3, p. 198. — Gand, 25 nov. 1882. *Pas.* 1883, p. 95. Civ. Bruxelles, 19, juin 1889, *Journ. des Trib.*, p. 1098. Mons, 22 juin 1898. *Pand.*

de protestation générale de la conscience publique contre cette règle injuste et barbare de l'irresponsabilité paternelle, imposée par un législateur brutal. « Nos mœurs, dit « M. Lerebours-Pigeonnière, étaient trop pénétrées de cette « idée que les devoirs de la paternité sont des devoirs « juridiques et non pas seulement des devoirs moraux, « pour accepter la solution du Code civil, qui aboutissait « à abandonner à la conscience du père l'accomplissement « de son devoir. L'opinion publique n'a pas admis que le « Code civil ait pu répudier la maxime autrefois recueillie « par Loysel : « Qui fait l'enfant doit le nourrir » (1).

Nous ne pouvons étudier dans les détails cette jurisprudence célèbre, car cet examen nous entraînerait dans des développements excessifs ; nous nous contenterons d'en exposer clairement l'esprit, le fondement et les principaux traits (2).

Pendant les premières années qui suivirent la promulgation du Code, les tribunaux, en fidèles interprètes de la loi, refusèrent catégoriquement d'admettre les demandes de mères naturelles tendant à obtenir des dommages-intérêts : l'action en recherche de paternité et l'action en réparation du préjudice causé reposant sur un même fait indivisible : la paternité du défendeur. Cette interprétation était assurément logique et juridique, si elle n'était pas

périod., 1899, p. 1195. Civ. Bruxelles, 13 juin 1902. Bruxelles, 17 janvier 1903. *Pand. périod.*, n° 948. *Pand. périod.* n° 1064. Liège, 19 janvier 1904. *Pas.* 1904.3.106. Anvers, 18 juin 1910. *Pas.* 1910, 3.381.

Italie: Turin, 8 déc 1895. Florence, 24 janv. 1901. Rome, 6 mars 1893. Naples, 6 et 8 fév. 1905. Conf. Gianturco, *Sistema di diritto civile. Introduzione.*

Suisse : Genève, 20 nov. 1885, dans *Revue im Gebiete der Gerichtspraxis*, vol. 4, p. 49. Cour civile de Vaud, 17 sept. 1892. *J. des Trib.* 1893, p. 112. Trib. Genève, 29 nov. 1901. Cour de Genève, 17 janv. 1903, *J. des Trib.* 1903, p. 467.

(1) Lerebours-Pigeonnière, *loc. cit.*, p. 292.

(2) Nous aurons, d'ailleurs, l'occasion fréquente de revenir sur cette jurisprudence au cours de ce travail, d'autant plus qu'elle survit au moins en partie à la réforme de l'article 340.

équitable (1). Mais, en 1845, une transformation se produit dans la jurisprudence ; et la Cour de Cassation accueille la demande d'une fille mère qui a été séduite à l'aide d'une promesse de mariage. En effet, cette jurisprudence qui est fondée sur l'article 1382, fait un départ entre la réparation du préjudice que lui a causé la grossesse et la question de paternité. Distinction très subtile qui, en vérité, ne repose sur aucun fondement solide, mais constitue un habile expédient pour tourner la loi. « On peut, disait « Marcadé, admettre les *choses* en écartant les *mots* et « attribuer consciencieusement à la victime toute la réparation qui lui est due, mais *ne rien écrire* dans les pièces « de procédure et surtout dans le jugement, qui contienne « une attribution de paternité, l'article 340 ne le permet-tant pas » (2). Il est bien certain, si l'on va au fond des choses, que les magistrats qui condamnent un homme à des dommages-intérêts pour avoir séduit une femme, sont intimement convaincus que la grossesse de cette femme a été le fait de celui qu'ils condamnent. On joue sur les mots, car il faut éviter de violer ostensiblement la loi ; mais, en fait, si l'on déclare un homme responsable du préjudice causé à la fille-mère par l'état de grossesse, on reconnaît implicitement que cet homme est l'auteur de la grossesse, et, par suite, n'est autre que le père de l'enfant. Il va sans dire que les tribunaux évitent prudemment d'être aussi affirmatifs ; le passage suivant d'un arrêt de Toulouse nous donnera un exemple frappant de l'ingéniosité dont firent preuve les magistrats : « Il ne faut pas con- « fondre, dit l'arrêt, l'action en recherche de la paternité « dans le sens de l'article 340 et l'action en dommages- « intérêts fondée sur le préjudice matériel et moral qui a « pu résulter des relations intimes entre le séducteur et la « personne séduite, des conséquences de la grossesse et de

(1) Voy. Cass. 26 mars 1806. 10 mars 1808. S. 1808.1.231. Conf. Dallöz. Répert. v° *Paternité*, n°s 548 et 748. Rapp. Coulet et Vau-nois, *Etude sur la recherche de la paternité*, p. 42 et suiv.

(2) Marcadé. *Revue de jurisprudence*, T. III, p. 105.

« l'accouchement : attendu que l'une de ces deux actions
 « a pour résultat d'établir des rapports de paternité et de
 « filiation, d'où naissent des droits et des devoirs respec-
 « tifs fondés sur un lien légal ; tandis que l'autre se ren-
 « ferme dans les limites d'un débat judiciaire sur des
 « éléments d'appréciation pour déterminer la gravité du
 « préjudice causé et la mesure de la réparation » (1).

Pour que l'action en dommages-intérêts basée sur l'article 1382 soit recevable, il faut que le séducteur ait commis une faute et que la demanderesse ait éprouvé un préjudice. Aussi la séduction ne peut servir de fondement à l'action qu'autant qu'elle est colorée d'actes dolosifs : seule la séduction frauduleuse est prise en considération. Par exemple, le séducteur a promis le mariage à la mère dans l'unique but d'obtenir ses faveurs : la promesse de mariage doit naturellement avoir été faite de telle manière que la femme ait pu sincèrement croire à sa réalisation ; elle doit également avoir précédé et déterminé les relations intimes (2). Mais, dans cette hypothèse, la jurisprudence apporte une restriction à la liberté de la preuve testimoniale : considérant que la promesse de mariage porte à la fois sur un fait pur et simple et sur un fait juridique, elle exige l'existence d'un commencement de preuve par écrit (art. 1347 Code civil) (3). La séduction peut également avoir

(1) Toulouse, 28 nov. 1864. Dalloz, suppl. V° *Responsabilité*, n° 205.

(2) Sur tous ces points consultez, parmi les arrêts les plus récents : Seine, 6 février 1905. *Gaz. Pal.*, 05.1.469 ; Lyon, 23 janvier 1907. D. 1908.2.73. Cass. civ. 2 décembre 1907. D. 1908.1.201 ; Chambéry, 17 mars 1908. D. 1909.2.263. Toulouse, 5 août 1909, *Le Droit*, 1^{er} décembre 1909 ; Bordeaux, 28 octob. 1909. *Rec. Bordeaux*, 20 oct. 1910. *Gaz. Pal.* 1911.1.322 ; Seine, 19 mai 1911, *Rec. Gaz.*, 1911.2.205. Cass., 17 juillet 1911. *Rec. Gaz. Trib.*, 1911.1.186 ; Bourg, 23 avril 1912. Loi 30 avril 1912. Bourges, 17 juillet 1913. *Gaz. Pal.*, 1913.2.545. Voy. *suprà*, jurispr. italienne, belge et suisse, page 55, note 3.

(3) Cass. 2 déc. 1907, précité. Cass. 10 fév. 1909. D. 1909.1.157. En Belgique une jurisprudence constante exige un commencement de preuve par écrit de la promesse de mariage: Mons, 19 mars 1897. *Pand. périod.* n° 605. Gand, 8 mai 1895. *Pas.* 1896.3.11. Bru-

été causée par une contrainte morale exercée sur la personne de la mère et exclusive de son libre consentement. Le séducteur a usé de sa supériorité d'âge, d'intelligence, de situation sociale ou de fortune : ce sont, particulièrement, tous les cas d'abus d'autorité : le maître, le patron, le chef, par une suite de vexations ou de menaces, amène, peu à peu, la femme qui travaille sous ses ordres, à se livrer à lui (1). Dans toutes ces hypothèses, il est nécessaire que la femme ait été trompée, abusée ; si elle a volontairement cédé à son amant, elle n'est pas autorisée à réclamer réparation d'un préjudice qu'elle s'est infligé de son plein gré (2).

Mais quelle est l'étendue de la réparation accordée par les tribunaux à la fille-mère ? Au début, elle n'était indemnisée que du préjudice moral qu'elle avait subi ; en effet, l'on considérait que l'on ne pouvait pas accorder à la femme des dommages-intérêts fondés sur le dommage matériel causé par la grossesse, l'accouchement et l'entretien de l'enfant, sans aborder du même coup la question de la paternité.

« Attendu, dit un arrêt de la Cour de Paris du 16 mars 1892, que la demande de D... a un double objet : qu'elle tend d'une part à la réparation du préjudice causé à la jeune fille par des relations qui l'auraient déshonorée et d'autre part à l'obtention d'une pension pour l'enfant qui en est issu : que si cette deuxième partie de la demande touche à une question de paternité et tombe dès lors sous

ges, 19 mars 1897, *Journ. des Trib.*, p. 518. Huy, 16 mars 1903. *Pand. pér.* n° 824. Cf. Laurent, *Suppl.*, t. I, n° 364. Contra Galopin, *Cours*, p. 342-343. La loi belge du 6 avril 1908 a supprimé l'exigence du commencement de preuve par écrit. Voy. Liège, 12 fév. 1910. *Pas. belge*, 1911.2.92.

(1) Lyon, 30 mai 1895. D. 96.2.278. Rouen, 6 mai 1905. D. 1908, 2.246. Alger, 13 février 1908. D. 1909.2.5. Cass. 10 fév. 1909. Chambéry, 17 mars 1908. D. 1909.2.263, précité. Toulouse, 15 décembre 1910. *La Loi*, 8 avril 1911.

(2) Paris, 4 juin 1892. D. 92.2.558. Paris, 27 déc. 1905. *Gaz. Pal.* 1906.1.291. Bruxelles, 31 oct. 1889. *Pand. pér.* 1900, n° 879. Brux 11 juillet 1906, *Pand. pér.* n° 1444.

« la prohibition de l'art. 340, la première vise simplement
 « des faits de séduction par abus d'autorité qui auraient
 « engagé la responsabilité de A... aux termes de l'arti-
 « cle 1382 ; que cette séduction, à supposer qu'elle fût
 « établie, n'implique pas nécessairement cette conséquence
 « que A... soit le père de l'enfant dont la fille séduite est
 « plus tard accouchée ; en conséquence, repousse la de-
 « mande de pension faite au nom de l'enfant, admet celle
 « qui est faite par la mère (1). » Mais la jurisprudence
 s'est enhardie. Elle n'a pas hésité à permettre à la fille-
 mère d'obtenir la réparation totale du préjudice que lui
 a causé la séduction. En effet, la mère a éprouvé à la fois
 un dommage moral et un dommage pécuniaire résultant
 des nouvelles charges que lui impose la vie de l'enfant. Il
 est donc juste qu'elle soit également indemnisée de ce chef.
 Les arrêts les plus récents font entrer dans l'évaluation de
 l'indemnité les charges résultant de la maternité ; ils con-
 sidèrent qu'elles sont l'un des éléments du dommage causé
 à la fille séduite (2). Ainsi, ils ne se contentent pas de
 condamner le défendeur à verser un certain capital à la
 fille-mère ; ils lui enjoignent en outre de payer une pen-
 sion alimentaire, dont ils fixent le taux et la durée, afin
 d'aider la mère à entretenir et à élever l'enfant. Mais pour
 sauver les apparences, les tribunaux ont toujours soin de
 distinguer avec subtilité l'action en recherche de paternité
 qui tend à faire établir la filiation de l'enfant et l'action en

(1) Paris, 16 mars 1892. D. 93.2.541. Dans le même sens, Paris, 14 déc. 1890. D. 91.2.309. Bourges, 7 nov. 1900. *Gazette des Trib.* 1901.1.226. Reims, 3 juillet 1903, *Gaz. du Pal.* 1903.2.273. Voyez Bruxelles, 15 déc. 1897. *Pas.* 1899.2.225.

(2) Dijon, 27 août 1892. D. 93.2.103. Nancy, 12 novembre 1896. D. 96.2.520. Nîmes, 18 mars 1901. S. 1902.2.207. Dijon, 20 juill. 1904. D. 1907.2.181. Amiens, 23 avril 1909. *Gaz. des Trib.* 1909.2.100. Rennes, 20 avril 1910, précité. Seine, 20 déc. 1910. D. 1911.5.14. Cass. req. 17 juill. 1911. *Gaz. Pal.* 1911.2.224. Belgique: Gand, 28 décembre 1887. *Pand. pér.* 1888, n° 294. Verviers, 5 nov. 1901. *Pand. pér.* 1903 n° 46. Liège, 2 avril 1903. *J. des Trib.* p. 1231. Bruxelles, 11 déc. 1907. *Belg. Jud.* 1908, p. 237. Bruxelles, 1^{er} mars 1908. *Pas.* 1908.2.52. Civ.

dommages-intérêts qui a pour seul but de faire obtenir à la fille-mère la réparation du préjudice qu'elle a éprouvé (1). Mais, en réalité, il y a là une atteinte certaine au principe de l'article 340. Les juges ne sauraient condamner un homme à payer une pension alimentaire pour élever un enfant, jusqu'à l'âge de 16 ou 18 ans, s'ils n'avaient pas la conviction intime que le défendeur est le père de l'enfant.

Mais là ne se borne pas l'œuvre de la jurisprudence. Non seulement elle se fonde sur l'article 1382 pour venir en aide à la fille-mère, mais encore elle valide les engagements pris par le séducteur de pourvoir aux besoins de l'enfant. Cette tentative est encore plus hardie que la précédente. En effet, toute idée de délit est ici écartée ; l'engagement est valable, quelles que soient les circonstances qui ont entouré la chute de la mère. D'autre part, un tel écrit ne peut être considéré comme une reconnaissance d'enfant naturel, puisqu'il n'est pas fait dans la forme authentique. Ce n'est pas non plus une donation : elle serait nulle pour vice de forme. La jurisprudence voit dans cette promesse un engagement d'honneur, une obligation naturelle transformée en obligation civile par une novation, résultant de la volonté libre de celui qui en était tenu et qui a manifesté l'intention de l'exécuter (2). En effet, n'est-ce pas un devoir naturel pour le père d'entretenir son enfant ? Au reste, les tribunaux ne cherchent pas à vérifier la réalité de la paternité du défendeur ; il suffit que le séducteur

(1) Voyez en particulier les « attendu » dans Cass. 2 déc. 1907, 10 fév. 1909, 17 juill. 1911 précités. Brignolles, 15 juill. 1909. *Gaz. Trib.*, 26 déc. 1909. Seine, 20 déc. 1910. *Rec. Gaz. Trib.* 1911.2.118. — Bruxelles, 1^{er} mars 1898. *Pas.* 1898.216. Bruges, 18 mai 1896. *Pand. pér.* 1897 n° 87.

(2) Cass. 15 janv. 1873. S. 1873.1.29. 3 av. 1882. S. 1882.1.404. Req. 30 juillet 1900. D. 1901.1.502. Dijon, 20 juillet 1904. D. 1907.2.121. Chambéry, 17 mars 1908. S. 1909.2.309. Brignolles, 15 juillet 1909, *Gaz. des Tribun.*, 26 sept. 1909. Seine, 19 mai 1911. *Gaz. des Tribun.* 1911.2.205. Lille, 22 mai 1911. *Rec. jud. Nord*, 1911.402. Paris, 27 mars 1912. *Gaz. Pal.*, 1912.1.584. Cass. 20 avril 1912. *J. du Palais*, 1913.1.214. Aix, 5 avril 1913. *J. du Palais*. 1913.2.313 et note Naquet.

croie à sa paternité. Ils ne font que sanctionner son aveu. L'engagement est valable, qu'il ait été pris envers la mère ou envers l'enfant. D'ordinaire, la jurisprudence réclame un engagement écrit, formel et clair ; une promesse vague et générale ne serait pas suffisante. Mais certains tribunaux n'ont pas hésité à déclarer que l'engagement pouvait résulter d'un ensemble de circonstances précises et concordantes, telles que le fait de s'être occupé de l'enfant, de l'avoir placé en nourrice, d'avoir volontairement payé une pension (1). Ainsi, la jurisprudence ne se contentait pas de tourner la loi, elle portait des atteintes directes à l'article 340.

Aussi, dit M. Baret, « quand on voit les tribunaux sous « l'empire des besoins de la pratique désobéir ouvertement « à la loi, c'est une preuve sûre que cette loi n'est pas bonne « et qu'il faut la modifier ». Il est certain que cette jurisprudence hardie et généreuse a préparé la réforme de l'article 340. D'ailleurs, la loi du 16 novembre 1912 — nous le constaterons maintes fois au cours de ce travail — s'est inspirée très visiblement de la jurisprudence : elle a adopté ses solutions sur un grand nombre de points. Aussi certains auteurs considéraient-ils comme inutile une réforme législative ; ils demandaient seulement le maintien et l'affermissement de la jurisprudence libérale qui s'était formée autour de l'article 340 (2). Cependant il y avait intérêt à ce

Belgique : Bruxelles, 7 août 1860. *Pasicr.* p. 376. Bruxelles, 10 août 1865. *Pand. belges*, vol. 16, n^{os} 166, 167. Bruxelles, 25 mai 1892. *Pas.* 1892.3.284. Bruxelles, 6 nov. 1907. *Pas.* 1908.2.50

(1) Conf. Aix, 8 avril 1873. D. 74.2.55. Lyon, 30 mai 1895. D. 96.2.278. — L'engagement peut résulter d'un simple commencement de preuve par écrit que viendraient appuyer des présomptions telles que les soins donnés volontairement par le père à l'enfant, le paiement de frais d'accouchement ou de nourrice, même de simples pourparlers en vue de l'exécution de la promesse (Saint-Sever, 14 juin 1906, *Le Droit*, 25 août 1906). L'enfant invoquerait ainsi une sorte de possession d'état. Seine, 28 déc. 1910, S. 1910.2.220. Cf. Capitant et Colin. *Cours élémentaire de droit civil français*, 1914, t. I, p. 294. Comp. Toulon, 27 avril 1912. *Gaz. Pal.* 1912.1.595

(2) Voyez Colin. De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation. *Revue Trimestrielle de Dr. civil*, 1902, p. 296 et suiv.

qu'une loi fut votée : d'abord le danger d'un changement de direction de la jurisprudence est écarté. Et surtout le droit de l'enfant est consacré. En effet, il appartenait seulement à la mère d'intenter l'action en dommages-intérêts basée sur la séduction : l'enfant n'avait pas de droit propre. De plus, des faits concluants tels que le concubinage et la possession d'état ne pouvaient être invoqués. Quand la pension de l'enfant constituait un des éléments de l'indemnité allouée à la mère, elle était nécessairement calculée d'après la situation sociale de la mère, tandis que, muni d'un droit propre, l'enfant pourra recevoir une éducation et un entretien conformes à la situation sociale de son père. Enfin l'enfant n'obtient pas seulement des aliments, il obtient un état civil complet et est rattaché à son père par des liens de famille. Il est vrai que sur certains points la loi nouvelle paraît plus restrictive que la jurisprudence antérieure. L'action doit être intentée dans un certain délai de rigueur ; le défendeur peut opposer des exceptions péremptoires ; le demandeur de mauvaise foi s'expose à des pénalités sévères. Mais nous étudierons toutes ces questions au cours de ce travail.

Ainsi donc, tandis que la jurisprudence corrigeait la rigueur de l'article 340, une véritable campagne était menée contre cet article. Depuis le 16 février 1878, les projets de loi succédaient aux projets de loi. Un petit nombre fit l'objet de discussions aux Chambres. Le premier de ces projets présenté par MM. de Belcastel, Béranger, Foucher de Careil, fut repoussé en 1883 par le Sénat, après de retentissants débats, où M. Cazot, garde des Sceaux, défendit âprement le principe de l'interdiction de la recherche de la paternité (1). Ce projet était cependant très timide ; il n'admettait l'action en paternité que dans les cas d'enlèvement, de viol, de séduction et de possession d'état (art. 1^{er}). Puis M. Rivet, l'un des grands promoteurs de la

(1) Cf. Sénat. *Doc. parl.* 1879, ann. 171 ; 1883, ann. 32 ; *J. Off.* Sénat, Déb. Séance du 6 déc. 1883, p. 1421 et suiv. Voy. sur ces débats Pouzol, *op. cit.*, p. 214 et suiv.

réforme (1), déposa successivement deux projets à la Chambre des députés, le 26 mai 1883 et le 10 juin 1890. La recherche de la paternité y était admise pourvu qu'il y eût preuves écrites, ou faits constants ou témoignages suffisants. Mais toutes ces tentatives restent sans succès. Sans se décourager, M. Rivet revient à la charge le 9 juillet 1895 et provoque un rapport de M. Odilon-Barrot. Puis c'est M. Goujon, qui présente un texte nouveau ; peu à peu la question s'éclaircit et les projets deviennent plus précis. Nouvelle tentative de M. Rivet, le 7 novembre 1898, et nouveau rapport très remarquable de M. Viviani. Le 2 juillet 1903, MM. Sembat, Allard, Bouveri, etc., déposent à leur tour une proposition qui est particulièrement intéressante parce qu'elle consacre le système de la paternité alimentaire. La preuve y est largement autorisée : preuve écrite, présomptions graves, précises et concordantes ; par contre, l'enfant ne peut réclamer de son père que des aliments. Cette proposition consacre, en outre, le droit de la mère d'obtenir des dommages-intérêts en réparation du préjudice pécuniaire et moral qu'elle a subi (art. 6). Enfin, MM. Béranger et Rivet (2), unissant leurs efforts,

(1) Propos. Rivet, 26 mai 1883. Doc. parl. Chambre, 1883, ann. 1935, p. 999. — Propos. Groussier, Viviani, Jaurès, etc., 28 janvier 1895. *J. Off.* 1895, ann. 1197, p. 140. — Propos. Rivet, 9 juill. 1895. *J. Off.* Doc. parl. Chambre, annexe 1484, p. 868. — Propos. Goujon, 17 juin 1897. Doc. parl. *J. Off.* Chambre, fév. 1898, p. 1. — Propos. Rivet, 7 nov. 1898, *J. Off.* 8 nov., p. 2141. — Propos. Viviani, 24 déc. 1900 (Rapport sur propos. Rivet), *J. Off.*, Doc. parl., Chambre, ann. 2078. — Propos. Sembat, 2 juill. 1903, *J. Off.* Doc. parl., Chamb. 1905, ann. 1142, p. 292. — Proj. Rivet-Béranger, 28 janv. 1905, Sén., Doc. parl. 1905, n° 16, p. 10. — Propos. L. Martin, 23 mai 1907. *J. Off.* Chambre 1907, p. 354, n° 970, et Sénat, 18 mai 1909, *J. Off.*, Sénat, Doc. parl. 1909, p. 222, n° 111.

(2) Voy. rapp. Gaillier au Sénat, Doc. parl. 1908, n° 369. — Rapp. suppl. Doc. parl. 1910, n° 322, p. 989. — Troisième rapport Sénat, Doc. parl. 1912, n° 88. — Rapport Violette à la Chambre des Députés. Doc. parl. 1912, n° 796. Les débats eurent lieu au Sénat les 7 juin 1910 et jours suivants, les 17 octobre 1910 et jours suivants, puis les 7 et 8 nov. 1912.

déposent, le 28 janvier 1905, un projet de loi qui, après avoir été l'objet de plusieurs rapports de MM. Guillier et Violette et avoir été renvoyé à cause d'une légère modification à la Chambre des députés, devint la loi du 16 novembre 1912. On peut juger, par cette énumération des résistances qu'a éprouvées cette réforme pourtant si généreuse : il a fallu trente-quatre ans pour que le législateur consentit à réparer l'injustice monstrueuse que consacrait l'article 340 du Code Napoléon. Il convient de remarquer, d'ailleurs, la prudence dont a cru devoir faire preuve le législateur français. Il a évité avec soin d'employer l'expression « recherche de paternité » ; il ne parle que de « reconnaissance judiciaire de la paternité ». Car on craignait toujours d'effrayer le public par un mot trop hardi. « L'expression « recherche », dit M. Goujon, semble « vouloir dire immédiatement qu'on pourra aller dans « n'importe quel ménage le troubler, revendiquer n'importe quelle personne comme étant le père d'un enfant « naturel » (1). Or, ce n'est pas une inquisition aussi dangereuse qui est permise par la loi, c'est seulement « la « constatation judiciaire d'une paternité qui a été, pour « ainsi dire, reconnue et avouée, tout au moins en germe, « par celui qui est l'auteur de la naissance de l'enfant naturel » (2). Ainsi, ce n'est point la recherche, mais la reconnaissance judiciaire de la paternité naturelle qui est permise. Ce n'est là qu'une question de mots, d'étiquette, mais on a semblé la considérer comme essentielle.

Les Législations étrangères aux XIX^e et XX^e siècles.

L'article 340 du Code Napoléon, nous l'avons déjà dit, n'a obtenu, auprès des législateurs étrangers, qu'un assez médiocre succès. S'ils en acceptent le principe, c'est d'ordinaire pour y apporter de notables exceptions. Nous constatons, d'ailleurs, que les législations qui ont adopté cette

(1) Goujon. Sénat. Déb. parl. *J. Off.* 10 juin 1910, p. 1486.

(2) *Idem.*

disposition ou auxquelles elle a été imposée, ont senti la nécessité de l'abolir et d'autoriser la recherche de la paternité.

En général, les Etats de l'Amérique du Sud se rallient au principe de l'interdiction. Il en est ainsi en Bolivie (Code civil de 1843, art. 165 à 174), dans la République d'Haïti, dans le Vénézuéla (art. 134 du Code du 20 février 1873), à Costa-Rica (Code de 1843). D'autres ont adopté, mais en l'élargissant, notre article 340. Au Pérou, le Code du 28 juillet 1852 permet la recherche de la paternité dans les cas d'enlèvement et de viol ; il en est de même dans le Code de l'Uruguay du 23 janvier 1868, dans le Code du Guatemala de 1882. La recherche de la paternité est permise d'après le Code du Honduras de 1880 : 1° s'il y a rapt ou viol ; 2° en cas de concubinage. Il y a alors une présomption de paternité contre le concubin. Au Mexique, Code du 20 décembre 1870, elle est autorisée : 1° en cas de viol ou d'enlèvement ; 2° en cas de possession d'état ; 3° quand l'enfant prouve que son père s'est engagé à lui fournir des aliments. Dans certains autres Etats, s'inspirant des législations germaniques, la recherche est permise de façon générale (voy. Chili, Brésil, République-Argentine (Code du 29 septembre 1869, art. 325), Colombie, Salvador, (Code du 10 novembre 1880), Boyaca, Bolivar et Santander. Mais, dans la plupart de ces Etats, l'enfant ne peut obtenir qu'une pension alimentaire. Il faut remarquer que le serment joue un assez grand rôle dans toutes ces législations ; de même, il est souvent disposé que si le défendeur fait défaut à l'action intentée contre lui, il est réputé être le père de l'enfant.

En Europe, la plupart des législations appartenant au groupe latin adoptèrent au dix-neuvième siècle le principe de l'interdiction de la recherche de la paternité ; mais elles tempéraient cette règle en y apportant des exceptions plus ou moins nombreuses. Ainsi l'Espagne, dans son Code du 24 juillet 1889 et le Portugal (Code de 1867), autorisent la recherche de la paternité : 1° s'il existe un écrit émané du père et reconnaissant expressément sa paternité ; 2° si l'enfant se trouve en possession d'état (d'enfant natu-

rel d'après le Code civil espagnol; d'enfant légitime, article 115, d'après le Code civil portugais); 3° en cas de viol ou de rapt (1). L'action doit être exercée pendant la vie des parents présumés, à moins que ceux-ci ne soient morts pendant la minorité de l'enfant, auquel cas l'action peut être intentée dans les quatre ans après la majorité de l'enfant. Si l'enfant découvre un écrit dans lequel le père révèle sa paternité, l'action peut être introduite à toute époque (art. 137 du Code civil espagnol, article 133 du Code civil portugais). Quant aux effets de l'action, ils sont fort étendus : droit au nom, à la succession, à l'entretien. Les enfants adultérins et incestueux ne peuvent être rattachés à leurs parents par des liens de famille ; mais ils ont droit à des aliments ; quand leur filiation résulte d'un jugement définitif prononcé au criminel ou au civil, ou d'un document certain, émané de leur auteur et dans lequel leur filiation est expressément reconnue (art. 140 du Code civil espagnol).

Le Code civil italien a réalisé l'unité législative de l'Italie. Auparavant, les solutions les plus diverses avaient été adoptées. Le Royaume des Deux-Siciles, les duchés de Parme et de Modène avaient transcrit purement et simplement l'article 340 du Code civil français ; il en était de même dans les Codes de Plaisance et de Guestdalla. Dans le viceroyaume de Lombardie et de Vénétie, on appliquait les dispositions du Code civil autrichien (paternité alimentaire ; mais action largement ouverte). La Toscane et le Grand-Duché de Lucques permettaient de rechercher la paternité quand il y avait reconnaissance tacite du père, résultant de soins donnés à la mère et à l'enfant, ou de secours en argent, de déclarations verbales et réitérées, de la notoriété ; il en était de même quand la mère avait cohabité *more uxorio* avec le père au moment de la conception (2). Enfin, le Code sarde (art. 185), avait admis le prin-

(1) Art. 135 C. civ. esp., Art. 130 C. civ. portug.

(2) Sur la jurisprudence de la *Rota romana*, dont nous avons déjà parlé plus haut. Voy. *Annali di Giurisprud.*, vol. 2, col. 331 ; vol. 15, col. 569 ; vol. 16, col. 1073 ; vol. 19, col. 1528.

cipe de l'interdiction, mais il y apportait des dérogations dans le cas d'enlèvement, de viol et dans celui « où il y « aurait un écrit émanant de l'individu indiqué comme « étant le père de l'enfant, dans lequel il se serait déclaré « tel ou duquel il résulterait une série de soins par lui « donnés à l'enfant, à titre de paternité ». Le Code civil italien s'est contenté d'adopter l'article 340, en assimilant le viol à l'enlèvement : « La recherche de la paternité n'est « admise que dans les cas d'enlèvement et de viol, quand « la date de ces faits correspond à celle de la conception » (art. 189 Code civil ital.). La commission de coordination, chargée par la loi du 2 avril 1865 de rédiger en un texte définitif les différents articles proposés, voulut compléter l'article 189 par deux nouvelles exceptions tirées de l'ancien Code Albertinien : 1° en cas d'écrit émané du père et reconnaissant la paternité ; 2° lorsque l'enfant aurait reçu de son père prétendu et à titre de fils un ensemble de soins. Dans ces deux cas, d'ailleurs, l'action devait s'éteindre à la mort du père. Mais on estima que la commission avait dépassé les pouvoirs qu'elle tenait de l'article 2 de la loi du 2 avril 1865 (1). Par contre, le Code civil italien est plus libéral que le Code civil français, en ce sens, qu'il accorde toujours des aliments aux enfants adultérins et incestueux, quand leur filiation résulte, soit indirectement d'une sentence civile ou pénale, soit d'un mariage déclaré nul, soit d'une déclaration expresse et par écrit des parents (art. 193 du Code civil italien). Le principe de l'interdiction de la recherche de la paternité a été également en Italie l'objet de nombreuses et vives critiques (2). Une jurisprudence, analogue à la jurispru-

(1) Voy. Gianturco. *Sistema di diritto civile italiano*, p. 31.

(2) Cf. Gabba. *La dichiarazione della paternità illegittima i l'art. 189 del Cod. civ. it. Annuario giuridico*, 1882. — Gabba. *Nuove questioni di diritto civile* 1906. p. 293 et suiv. — Torre de Lavagna. *La recherche de la paternité naturelle en Italie et en France*, 1892. — Bianchi. *Le indagini sullà paternità naturale proposta di riforma dell' art. 189 del Cod. civ. ital. Archivio giuridico*. vol. xxiv, fasc. 2 et 3. — D^r Cuturi. *Sullà dichiarazione giudiziaria della paternità dei figli naturali. Archivio giuridico*. Vol. XXV, fasc. 4. — V. Mori, *L'azione di paternità naturale*. Rome, 1903.

dence française, accorde des dommages-intérêts à la fille séduite, et fait même application aux enfants naturels simples, afin de leur accorder des aliments, de la disposition de l'article 193 qui ne concerne cependant que les enfants adultérins et incestueux (1). De nombreux projets de loi ont également été déposés, dans le but de réformer l'article 189 du Code civil italien ; mais, jusqu'à ce jour, ils n'ont point encore abouti ; on cite, parmi les principaux projets, ceux de MM. Salvatore Morelli (14 juin 1875), Gianturco (1892-1893), Sorani (22 mai 1901), Zanardelli et Cocco Ortu (26 novembre 1902), et enfin le projet Scialoja (22 février 1910) (2). Nous aurons souvent l'occasion, au cours de ce travail, de citer et d'étudier les dispositions très intéressantes de ces divers projets. La recherche de paternité y est ordinairement admise dans les cas de viol, enlèvement, séduction, aveu de paternité, concubinage, possession d'état.

D'autres législations, qui avaient également adopté notre article 340, se sont hâtées de le réformer. Ainsi la principauté de Monaco, par une ordonnance du 3 juillet 1907 (3), due à M. le baron de Rolland (4), a consacré le principe de l'autorisation de la recherche de la paternité, qu'elle permet dans les mêmes hypothèses que la loi française de 1912, sauf le cas de concubinage. Par cette même ordonnance, elle a élargi la preuve de la maternité naturelle et accru les droits successoraux des enfants illégitimes en reproduisant les dispositions de notre loi du 25 mars 1896.

Puis c'est la Hollande qui, le 16 novembre 1909, s'occupe

(1) Torre de Lavagna. *op. cit.*, p. 3, note 2 et page 84.

(2) Conf. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1910, p. 681. — B. Dusi. *Sul disegno di legge circa le indagini della paternità naturale*. *Riv. dir. civ.* 1909, p. 33 et suiv. — Battista. *La ricerca della paternità*. *Giorn. it.* 1909, II, p. 883. Gabba, même sujet. *Coni.* thèse 1911. — Mariani. *Per la ricerca della paternità*. *Mon.* 1910, p. 251.

(3) *Annuaire de législation étrangère*, 1908, p. 592.

(4) *Voy. Exposé des motifs de l'ordonnance monégasque du 3 juil. 1907*, par M. de Rolland.

de l'organisation de la recherche de la paternité naturelle (1). Le principe de l'interdiction demeure cependant (art. 342 nouv.), mais il est plus nominal que réel. L'ancienne exception créée par la loi du 26 avril 1884, qui permettait la recherche dans les cas d'enlèvement, viol ou crime assimilé, débauche commise par des personnes ayant autorité, est remplacée par une présomption générale de paternité contre celui qui a cohabité avec la mère, pendant la période critique (301^e au 179^e jour avant la naissance). Mais la Hollande s'est laissée gagner par l'influence germanique ; elle n'accorde jamais que des aliments à l'enfant naturel qui a obtenu un jugement déclaratif de paternité.

Depuis le 6 avril 1908, la Belgique connaît la recherche de la paternité (2). Cette question était à l'étude depuis longtemps. Déjà, dans son avant-projet de revision du Code Napoléon, Laurent avait pris hardiment la défense des enfants naturels. Mais, par suite de l'arrivée au pouvoir du parti catholique, M. Laurent fut dessaisi du projet. Il fut repris par M. Lejeune, le 26 juillet 1892, puis par M. Bergerem, le 16 novembre 1894. Mais ces projets devinrent l'un et l'autre caducs. Une nouvelle initiative fut prise par MM. Denis et Vandervelde, 7 mars 1902, enfin M. Mabilie, au nom de la Section centrale présenta, le 7 mai 1902, une proposition qui devint la loi du 6 avril 1908 ; mais le texte en avait été profondément modifié par suite de dissentiments intervenus entre les deux Chambres. Les débats furent longs et pénibles (3). Le projet revint deux fois devant la Chambre des Représentants et le Sénat ; mais il suscita d'excellents rapports et d'intéressantes discussions (4-5).

(1) Cf. *Annuaire de législation étrangère*, 1909, p. 301.

(2) *Pasinomie*, 1908, p. 308 et suiv.

(3) Voy. Paul Leclercq. *Travaux préparatoires de la loi du 6 avril 1908*, publiés à part. Bruxelles, 1908.

(4) Cf. Une nomenclature des discours de rentrée des tribunaux prononcés en France et en Belgique sur la question de la recherche de la paternité, dans le rapport au Sénat belge, 1907, n° 92, p. 118.

(5) Consulter principalement le rapport de M. Colaert à la Ch. des Représentants, 15 déc. 1905, n°s 1 et suiv., p. 8, et le rapport de M. le comte Goblet d'Aviella au Sénat, n° 91, p. 118 et suiv.



Quant aux pays de civilisation germanique, où jamais la recherche de la paternité ne fut interdite, ils affirment, au cours du dix-neuvième siècle, leur volonté de rester fidèle au principe de la paternité alimentaire. Ils permettent largement la recherche ; une présomption générale de paternité est dirigée contre celui qui a cohabité avec la mère, pendant la période légale de la conception, mais l'enfant, assimilé à un légitime dans la famille de sa mère, ne peut réclamer de son père qu'une pension alimentaire. Au début du siècle, le Code civil autrichien de 1811 adopte cette solution ; la Finlande, par une loi du 27 juin 1878 ; puis un grand nombre d'Etats de l'Amérique du Nord, la Californie (Code du 24 mars 1872) ; l'Illinois (1), (lois du 3 avril 1872 et du 29 mai 1879) ; le Dacotah (Code civil de 1877, art. 116 et 780) ; la Géorgie (Code de 1882, art. 179 et suiv.) ; le Tenessee (Code de 1884) ; l'Etat de Nevada (2) (loi du 1^{er} mars 1883 ; les Codes de la Louisiane et de l'Ohio). Dans la plupart de ces législations, le procès est tranché par le serment ; le père est désigné par la mère ; la pension alimentaire est parfois fixée d'une façon forfaitaire, comme dans l'Etat du Tenessee, où elle est de 40 dollars pour la première année, 30 dollars pour la seconde, 20 dollars pour la troisième ; pour les autres, la Cour apprécie.

Par une loi du 6 juillet 1892, la Norvège (3) règle minutieusement la recherche de la paternité ; l'homme contre lequel est dirigée la présomption de paternité est dans l'obligation d'intenter une véritable action en désaveu, s'il veut repousser la paternité qu'on cherche à lui imposer ; le procès peut être vidé par serment. L'enfant n'obtient qu'une pension alimentaire jusqu'à l'âge de quinze ans. Nous aurons souvent l'occasion d'étudier, au cours de ce travail, cette loi très importante.

Puis, en 1900, le Code civil allemand consacre de son

(1) V. *Annuaire de législation étrangère*, t. ix, p. 815.

(2) *Id.*, t. xiii, p. 843.

(3) *Annuaire étranger*, 1892, p. 675.

autorité le principe de la paternité alimentaire (art. 1705-1718). D'ailleurs, ce système était généralement admis par les législations des Etats particuliers de l'Allemagne (1). Conformément à la tradition germanique, les enfants de fiancés étaient l'objet d'un traitement de défaveur. Le Code civil allemand a supprimé toutes différences entre les enfants naturels. Cependant, au cours du dix-neuvième siècle, il y eut parmi les législations allemandes certains changements notables, relativement à la recherche de la paternité. Ainsi, la Prusse, s'étant montrée trop large, sur ce sujet, édicta par une loi du 24 avril 1854, des dispositions restrictives ; en particulier, elle met à la disposition du défendeur, non seulement l'*exceptio plurium*, mais l'exception d'inconduite (*ünzüchtiger Lebenswandel*) ; l'action ne peut être intentée de la part d'une femme de mauvaise vie ou de mauvaise réputation. — De plus, le Code Napoléon était en vigueur sur toute la rive gauche du Rhin. Le Grand-Duché de Bade avait également adopté notre article 340, mais en l'élargissant considérablement ; outre le viol et l'enlèvement, l'action était permise, quand il y avait eu concubinage prolongé et notoire entre la mère et le défendeur ; quand celui-ci a fait l'aveu de sa paternité, ou qu'il existait des constatations actées dans un jugement ; on pouvait également poursuivre celui qui avait enlevé à la mère l'usage de ses sens (art. 340 et 340 *a* du Code badois. — Mais, par une loi du 21 février 1851, le duché de Bade abandonna le système français et se rallia au principe germanique : il élargit la preuve, mais il restreignit les effets à une simple créance d'aliments. Enfin, l'article 340 du Code Napoléon avait été adopté le 30 mai 1821 par le Grand Duché de Hesse, qui interdisait la recherche, à moins qu'il existât un aveu émané du père. Il était également en vigueur dans une partie de la Bavière.

(1) Lois de Saxe Meiningen, 9 sept. 1844. Sonderhausen, 1844. Mecklembourg, 23 juin 1847. Rudolstadt, 1850. Weimar, 6 juin 1853. Reuss br. aînée, 1854. Cobourg, 28 juill. 1858. Code saxon, art. 1863. Altenbourg, 1876.

En Russie, (1) la condition des enfants naturels vient d'être déglée par une loi des 3-16 juin 1902. Auparavant, l'enfant illégitime était dépourvu de tous droits ; il ne pouvait être légitimé que par un ukase. Aujourd'hui il est rattaché à sa mère, celle-ci a sur lui les droits de puissance paternelle, et l'enfant a droit à la succession de sa mère, mais non de ses parents maternels (voyez art. 132-12 et suivants). Quant à la recherche de la paternité, elle est interdite. Mais quand le père a reconnu son enfant, il doit l'entretenir et subvenir à ses besoins, en principe jusqu'à sa majorité (article 132-4). Il doit, en outre, une indemnité à la mère (art. 132-6-7). La légitimation est permise par mariage subséquent ; des facilités spéciales sont accordées pour l'adoption (art. 150-1-2-3).

On compte, dans les pays germaniques, une série de lois récentes sur la recherche de la paternité et la condition des enfants naturels. Elles ne créent pas de principe nouveau, mais elles améliorent les situations antérieures : c'est une loi de l'Etat de New-York du 20 avril 1904 qui aggrave la responsabilité paternelle en le contraignant, sous la menace de la prison, de verser régulièrement une pension alimentaire à son enfant naturel. L'Etat de Wisconsin, par une loi du 1^{er} mai 1905, impose à la fille-mère qui réclame des secours de l'Assistance publique, l'obligation de dénoncer le nom de son séducteur. En Suède, une loi du 17 mars 1905 accorde à tous les enfants naturels, un droit à la succession de leurs parents. Jusqu'à ce jour, cette faveur était réservée par le Code de 1734 aux seuls enfants de fiancés. Enfin, d'après la loi danoise du 27 mai 1908 (2), l'enfant naturel est assimilé à un enfant légitime dans la famille de sa mère ; il jouit d'un droit complet de succession. La recherche de la paternité est très largement permise, mais elle n'aboutit jamais qu'au paiement d'une pension alimentaire. Cette loi, dont nous étudierons les dispositions intéressantes, au cours de ce travail, contient deux arti-

(1) *Annuaire de législation étrangère*, 1903, p. 595.

(2) *Voy. Annuaire étranger*, 1908, p. 555.

cles particulièrement curieux. L'article 13 stipule, que tout homme dénoncé par une femme, comme étant le père d'un enfant à elle, peut être tenu, s'il veut se décharger de cette accusation, de déclarer, sous serment, en justice qu'il n'a pas eu avec cette femme de rapports sexuels, à l'époque où il aurait pu être le père de l'enfant. En cas de présomption grave contre l'homme, la plaignante peut obtenir le droit de déclarer sous serment, que pendant une période fixée par le tribunal, elle a eu des rapports avec l'homme accusé et n'en a eu aucun avec d'autres hommes pendant ce même temps. Plus original encore, l'article 11 consacre le système de la paternité plurale : « Si l'on ne « sait pas au juste lequel entre plusieurs hommes est le « père, ils sont tous déclarés responsables solidairement, « mais celui qui paie a recours contre les autres pour en « exiger une quote-part proportionnelle et il est admis « aux mêmes droits coercitifs que la mère. »

La Suisse.

Les législations cantonales de la Suisse nous offrent, sur le problème de la recherche de la paternité, les solutions les plus variées. On y trouve les dispositions les plus rigoureuses comme les plus bienveillantes, à l'égard des enfants naturels ; on peut suivre pas à pas, à travers les cantons, l'évolution des idées juridiques sur ce sujet. Aussi, aurons-nous fréquemment l'occasion, au cours de ce travail, de puiser dans le riche musée des législations cantonales suisses.

Avant l'unification du droit privé de la Suisse par le Code civil qui vient d'entrer en vigueur, ce pays était divisé sur la question de la recherche de la paternité entre plusieurs tendances. En effet, situé sur les confins des nations se rattachant au groupe latin et de celles qui font partie du groupe germanique, il subit leurs influences contraires.

On peut dire que c'est au dix-huitième siècle que la recherche de la paternité atteint son apogée (Gipfel) en

Suisse. En effet, nous avons déjà constaté (1) l'importance particulière des fiançailles dans ce pays ; spécialement quand le mariage a été consommé (fleischliche Vermischung), l'union est considérée comme réalisée. L'enfant, né dans ces conditions, n'a pas besoin de rechercher sa filiation ; elle ne peut guère faire de doute. Le fiancé est tenu pour son père et l'enfant (Brautkind) est assimilé à un légitime, comme s'il était issu d'une union régulière. Ainsi à cette époque, le principe de la paternité (Paternitätsprinzip) triomphait dans les législations cantonales. Il devait, d'ailleurs, être sanctionné par le Code de l'Helvétique (1798) ; mais ce Code ne fut jamais achevé.

Dès le début du dix-neuvième siècle, on constate un mouvement très prononcé de réaction contre la recherche de la paternité et, plus particulièrement, contre l'extension des effets de la filiation naturelle paternelle. Il est dû à de multiples influences, que nous allons essayer de dégager.

Au premier rang, il convient de placer celle qui résultait de la promulgation du Code civil français (1804) et de l'article 340. Cette disposition devait être adoptée par un grand nombre de cantons romands (Genève, Vaud, Neuchâtel, Tessin, communes catholiques du Jura). D'autre part, la tradition relative aux enfants de fiancés perdait peu à peu son importance, et ainsi disparaissait le fondement sur lequel reposait le principe de paternité (Paternitätsprinzip) (2).

En second lieu, les communes qui, nous l'avons déjà constaté, jouent un rôle prépondérant dans les procès en recherche de paternité, et se substituent littéralement aux véritables intéressés, se laissent aller à commettre les plus regrettables abus. Dans leur désir de diminuer les charges que leur imposent les enfants naturels, elles poursuivent avec âpreté et sans mesure le père prétendu. Elles mena-

(1) Voy. Supra. La Suisse du XV^e au XIX^e siècle.

(2) Voy. Peyer. *Die familienrechtliche Stellung der unehelichen Kinder im schweiz. Privatrecht*. Zürich, 1908, p. 12.

cent de pénalités et de déchéances la mère qui ne veut pas déclarer sa grossesse, ni désigner son séducteur. D'ailleurs, elles ne ménagent ni les affronts ni les souffrances aux filles-mères et à leurs enfants, qu'en général elles ne secourent pas, mais qu'elles abandonnent ou expulsent (1). Quand deux communes sont intéressées dans une affaire de recherche de paternité, la chose devient particulièrement scandaleuse (2). Il s'agit, avant tout, d'éviter la charge de l'enfant et d'empêcher aussi qu'il soit adjugé à un ressortissant de la commune, car il est à craindre que ce dernier ne devienne insolvable. Les communes traitent cette affaire d'ordre intime comme une affaire d'argent, sans souci des intérêts ou des scrupules des particuliers.

Une autre raison de ce sentiment de défaveur, à l'égard de la recherche de la paternité, réside dans la situation défavorable et très désavantageuse, où se trouvaient les cantons qui avaient adopté le principe de la paternité, en face de ceux qui se ralliaient au principe de la maternité (3). En effet, leurs ressortissants pouvaient être poursuivis par des étrangères, tandis que les filles de ces cantons ne pouvaient, à l'étranger, poursuivre leur séducteur, ou, du moins, elles n'obtenaient qu'une pension alimentaire pour leur enfant. Les étrangers, se retranchant derrière leur loi nationale, jouissaient de l'impunité. Le président du tribunal de la Singine, Marro, signale ce grave inconvénient dans un rapport du 11 février 1858 : « Cette
« loi (le Code civil de Fribourg qui sanctionnait le prin-
« cipe de la paternité) nous met en conflit avec les can-
« tons voisins, partisans de la maternité. Chaque fois qu'une
« fille de nos ressortissants est enceinte des œuvres d'un

(1) Lallemand. *Les enfants assistés*. — Naville. *La charité légale en Suisse*.

(2) M. Dupré de la Tour cite les cas d'une commune convaincue d'avoir payé au ressortissant d'une commune voisine une somme de 2.000 francs pour l'engager à légitimer par son mariage avec la mère un certain nombre de bâtards embarrassants, p. 108, note 2.

(3) Meili. *Internationales Privatrecht*, vol. I, p. 369. — Weber. *Das Recht der unehelichen Geburt*, Zürich, 1860, p. 36.

« externe, l'enfant est adjugé à la mère, vu qu'aucune « adjudication n'est possible vis-à-vis d'étrangers. Un Fri-
« bourgeois a-t-il engrossé une fille hors du canton ? Cet
« enfant lui est adjugé, vu qu'au dehors, on applique la
« loi fribourgeoise » (1). Enfin, la règle de réciprocité légis-
lative que connaissaient certains cantons devint inappli-
cable, en vertu de l'article 43 de la Constitution fédérale
aux relations intercantionales. De ce fait, l'inconvénient
résultant de la diversité des législations s'accrut.

On se plaint également, dans certains cantons, des scan-
dales et des abus qu'a provoqués la libre recherche de la
paternité. Dans un rapport du canton de Berne, de 1820,
on accuse la recherche de la paternité d'exposer les hom-
mes à des manœuvres perfides, de nuire à la dignité et à
la paix des unions légitimes et d'inciter les filles à séduire
les jeunes gens riches pour chercher à se faire épouser
par eux (2). Dans une réponse au gouvernement fribour-
geois, le département de la justice de Neuchâtel s'exprime
ainsi, en 1858 : « Depuis longtemps, la loi de la paternité
« n'avait plus aucun effet sur les mœurs publiques, et dans
« l'immense majorité des cas, la fille, qui recourait à cette
« loi pour donner un père à son enfant, était une fille
« dépravée, ne voyant que la question d'argent » (3). Les
cantons de Genève et de Vaud se déclarèrent aussi très
heureux d'avoir abandonné le système de la paternité et
adopté le régime français de l'interdiction de la recherche
de la paternité (4). On déplore également la fréquence des
parjures et l'abus du serment dans tous les procès en re-
cherche de paternité (5).

Enfin, une dernière cause devait contribuer à discréditer
le principe de la paternité dans les législations cantonales
de la Suisse : ce fut la promulgation du Code civil autri-
chien en 1811. D'après ce Code, l'enfant illégitime est exclu

(1) Cité par de Buman. *Du fondement de la créance alimentaire de l'enfant naturel en droit fribourgeois*. Fribourg, 1897, p. 76.

(2) Voy. Weber, *op. cit.*, p. 45.

(3 et 4) Cf. de Buman, *loc. cit.*

(5) Comp. lettre de Jacquet, président du tribunal de la Gruyère, 10 fév. 1858, citée par de Buman, p. 76.

des droits de famille et de parenté ; mais il a toujours droit à l'entretien, à l'éducation, à l'établissement qu'il peut réclamer de ses parents. Cette influence semble surtout s'être fait sentir dans les législations du groupe bernois (1). En 1823, le Code civil bernois adopte le principe de la maternité.

Ainsi, par suite de ces diverses circonstances, le principe de la paternité fut, peu à peu abandonné. En 1860, on ne le rencontre plus que dans les cantons de Glaris, Uri, Lucerne, Obwald, Nidwald, Appenzell Rh. Int, Valais et Fribourg. A la veille de la promulgation du Code civil suisse, seul le canton de Valais (2) (après avoir été régi quelque temps par le Code civil fr.), et celui d'Appenzell Rh. Int. étaient restés fidèles au principe de la paternité. Il faut cependant rapprocher de ces législations les dispositions des Codes du groupe zurichois (3) relatives aux enfants de fiancés (Brautkinder) ; ces derniers sont rattachés à leur père et peuvent exercer contre lui une véritable action d'état.

D'autres cantons se rallient au principe de l'interdiction de la recherche de la paternité, ce sont les cantons de la Suisse romande, Neuchâtel, par une loi du 22 décembre 1849 (Code civil de 1854, art 246) ; Vaud (loi du 1^{er} décembre 1855) ainsi que Genève et le Jura Bernois adoptent l'article 340 du Code civil français ; le Code civil du Tessin ajoute le cas de viol à celui d'enlèvement (4). Ainsi, d'après ces législations, l'enfant illégitime ne peut être rattaché à son père que s'il est l'objet d'une reconnaissance volontaire ; il peut exceptionnellement l'actionner en recherche de paternité. Le canton de Fribourg, après de nombreuses hésitations, a fini par sanctionner le principe de la maternité (5). Le Code civil de 1834 continuait à faire de l'action en paternité une action d'état ; mais à la suite de longs

(1) Huber. *System*, vol. 4, p. 186 et suiv.

(2) Valais. Code civ., art. 133 et suiv.

(3) Zürich. Priv. Ges., art. 686. — Thurgovie. Priv. Ges., art. 202. — Schaffouse. Priv. Ges. art. 266. — Glaris. C. civ., art. 173 et 200.

(4) Tessin. C. civ., art. 183.

(5) Cf. de Buman. *op. cit.*, p. 67 et suiv.

débats, la loi du 23 juin 1871 substitua le principe de la maternité à celui de la paternité ; l'enfant ne peut réclamer de son père qu'une pension alimentaire, sauf dans les cas de viol et l'enlèvement, où il peut exercer une véritable action d'état (Statusklage) (1).

Tous les autres cantons adoptent le système dit de la maternité (gemilderte Maternitätsprinzip). L'enfant suit la condition de sa mère et entre dans la famille de celle-ci ; il ne peut réclamer que des aliments à son père. L'institution de la reconnaissance y est inconnue.

Ce sont ces législations si variées et si diverses qu'il a fallu fondre et unifier. Œuvre des plus délicates qui réclamait beaucoup de tact et de mesure. Tout en consacrant les principes du droit moderne, il fallait respecter autant que possible les coutumes locales, auxquelles les habitants se montraient particulièrement attachés. « On sut tenir compte, avec une sorte de pieux respect, dit le *Message fédéral*, des lois actuellement en vigueur dans les cantons » et on évita de rompre avec les traditions nationales. L'avenir doit continuer le passé » (2). Fidèle à cette méthode de conciliation, le Code civil suisse a sanctionné, à la fois, les deux principes de paternité et de maternité (3).

(1) Si l'on veut se rendre compte de l'état des esprits en Suisse au cours du XIX^e siècle relativement au système qui rattache l'enfant naturel au père, on peut lire les paroles de Bluntschli, le célèbre rédacteur du C. civil zurichois. *Kommentar zum zürcher. Pers. und. famil. Recht.*, p. 232. — Voy. aussi Jost Weber, *op. cit.* p. 45. Seul le principe de la maternité paraît sage et juste.

(2) *Message fédéral*, p. 96.

(3) Le code civil suisse est entré en application le 1^{er} janvier 1912. M. Huber qui terminait sa grande étude des législations cantonales, fut chargé de rédiger un projet de C. civ. suisse qui parut le 15 novembre 1900 sous le nom d'*Avant-projet du département fédéral de justice et de police du 15 nov. 1900*, précédé d'un *Exposé des motifs*. Il fut d'abord examiné par une *Commission d'experts*, puis soumis aux délibérations du *Conseil national et du Conseil des Etats*, sous le titre de *Projet du Conseil Fédéral*. Nous aurons l'occasion de citer au cours de ce travail les procès-verbaux de la *Commission d'experts* (Com. Exp.) et le *Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale suisse* (Bull. Stén., vol. xv).

L'action est, en principe, purement pécuniaire : l'enfant n'obtient que des aliments ; mais, dans certains cas exceptionnels, elle devient une véritable action d'état (Statusklage) avec toutes ses conséquences touchant le nom, la puissance paternelle, la succession. C'est d'abord l'hypothèse de l'acte criminel commis sur la personne de la mère ; ainsi se trouvait satisfaite la coutume des cantons romands ; puis c'est le cas où le séducteur a usé de promesse de mariage ou d'abus d'autorité ; ainsi était conservée la tradition relative aux Brautkinder.

L'Angleterre.

Sur la question de la filiation naturelle et de la recherche de la paternité, l'Angleterre (1), conformément à sa méthode habituelle, a adopté une solution très originale. D'ailleurs, de façon générale, la législation anglaise est très personnelle ; elle est uniquement inspirée de l'esprit et des mœurs des habitants ; aussi n'est-elle guère susceptible d'être imitée. L'enfant naturel n'est rattaché ni à son père ni à sa mère ; il est *filius nullius*. Il n'appartient à aucune famille. La légitimation par mariage subséquent n'est point possible ; un *act* du Parlement est nécessaire.

Avant 1834, la mère, par une simple désignation du père appuyée par un serment, pouvait mettre l'enfant à la charge de celui-ci : elle était crue sur parole. Système dangereux qui rappelle, en l'aggravant, la règle de l'ancien droit français. Il donna, d'ailleurs, lieu à de graves abus. Une loi de 1834 (2) vint alors décider que tout enfant naturel resterait à la charge de la mère jusqu'à l'âge de seize ans, sinon il tomberait à la charge de la commune dont les gardiens auraient le droit de poursuivre le père. La mère (3)

(1) Cf. *The law and practice of affiliation and proceedings in Bastardy*, par Thour Will Saunders. Londres 1878. — Voy. Ernest Lehr, *Eléments de droit civil anglais*, 1885.

(2) Loi du 14 août 1834 (*Poor law Amendment Act.*), 4 et 5 Will. iv, c. 76.

(3) Mais la mère doit se résoudre à entrer au Workhouse avec son enfant.

cessait d'être crue sur son seul serment ; elle devait fournir à l'appui des preuves concluantes. Cette tentative de réaction ne parut pas heureuse. « Depuis le changement
« opéré en 1835, dit M. Léon Faucher, la prostitution est
« entrée dans les mœurs. Les jeunes gens ne courant plus
« aucun risque, se font un cruel passe-temps de perdre les
« jeunes filles. Les trois quarts des enfants que reçoivent
« les dépôts de mendicité dans le pays de Galles, sont des
« enfants illégitimes que leurs parents délaissent. L'an-
« cienne loi était immorale, car elle encourageait la jeune
« fille à se prostituer, en faisant tourner à son profit, les
« conséquences de son inconduite ; la nouvelle loi est
« inhumaine, car elle ajoute à la responsabilité de la
« femme, sans augmenter les moyens de résistance et sans
« diminuer les tentations, dont sa vertu est entourée » (1).

Aussi, depuis 1872, est-on revenu, en Angleterre, à une loi plus équitable (2). La mère recouvre le droit d'agir contre le père, mais il faut qu'elle n'ait pas les ressources suffisantes pour subvenir à l'entretien de son enfant, car c'est d'abord sur elle que pèse cette obligation. Elle peut s'adresser, à cet effet, à la justice de paix. L'action est prescrite dans le délai rapide de douze mois, et elle réclame l'attribution de l'enfant à l'homme qu'elle affirme être le père (*affiliate the child on the father*). Mais cette affirmation ne suffirait pas ; la mère doit produire, en outre, des preuves écrites ou des témoignages, ou un commencement de preuve, par écrit. Le défendeur peut répondre en invoquant l'*exceptio plurium*. Il n'encourt d'ailleurs, qu'une condamnation à une pension alimentaire temporaire et forfaitaire ; elle cesse, en effet, lorsque l'enfant a atteint sa treizième ou sa seizième année, selon les circonstances ; et elle est fixée par la loi au chiffre invariable de 5 schillings par

(1) Léon Faucher, *Etudes sur l'Angleterre*, cité par Bonnier, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, § 223, p. 203.

(2), *Bastardy law amendment acts*. Loi du 31 janvier 1844. (7 Vict. c. 101. — 1845. 8 Vict. c. 10. — 1872. 35, 36 Vict. c. 65. — 1873, 36, 37 Vict. c. 9

semaine, soit 325 francs par an (1). Elle ne dépend ni des besoins de l'enfant, ni des ressources du père. Il faut remarquer, que si la mère, par négligence ou par crainte, s'abstient de poursuivre le père, en vertu de la « *Poor law* » l'enfant est adopté par la paroisse, et celle-ci peut contraindre la mère à intenter l'action.

Dans ce système, l'enfant naturel ne fait donc partie d'aucun groupe familial. Il est étranger, aussi bien à sa mère qu'à son père. En revanche, il n'est frappé d'aucune incapacité et peut recevoir de ses parents les plus généreuses libéralités.

L'opinion publique se satisfait de cette solution simpliste; l'enfant naturel est toujours certain d'être assisté et secouru : c'est l'essentiel. La recherche de la paternité agit alors comme une sorte de « soupape de sûreté » (2); quand la mère est hors d'état de subvenir aux besoins de l'enfant, et que celui-ci menace de tomber à la charge de la paroisse, on poursuit le père. Il paraît, d'ailleurs, que les procès sont rares; la mère hésite à intenter une action qui lui vaudra un si maigre profit; et, d'autre part, le père préfère s'entendre à l'amiable ou accepter le tarif légal.

(1) St. 7 et 8 Vict. c. 101, § 3.

(2) Dupré la Tour. *La Recherche de la paternité en Angleterre, terre, en Suisse et en Allemagne*. Paris, thèse 1900, p. 126.

PREMIÈRE PARTIE

LA PREUVE DE LA PATERNITÉ NATURELLE

INTRODUCTION

PRINCIPES GÉNÉRAUX

Nous n'étudierons pas séparément chaque solution donnée par les législations modernes au problème de la recherche de la paternité. Cette méthode défectueuse nous entraînerait dans des redites continuelles et serait tout à fait arbitraire. Nous essaierons donc de faire une étude d'ensemble et d'esquisser une théorie générale de la question.

Mais il est indispensable, qu'avant d'entreprendre ce travail, nous en dégagions les principales idées directrices et en tracions les grandes lignes. Il est très facile de classer sur ce point les législations modernes en *deux* groupes. Dans l'un, se classeront les pays latins, les peuples de civilisation latine ; dans l'autre, prennent place les peuples de civilisation germanique. C'est qu'en effet, chaque race a son droit, sa morale distincts, appropriés à son génie, à sa mentalité, à ses traditions et à ses aspirations. Le droit n'est point la création arbitraire d'un législateur, il n'est que la traduction des sentiments et des idées de la nation ; il est, selon le mot de Taine, un « produit ». De même que les produits naturels varient selon les climats, les législations varient selon les civilisations. « Chaque race, dit « M. Picard, suinte son droit. » Ainsi, les peuples latins s'intéressent surtout à l'enfant ; quand il est reconnu, ils lui accordent les droits les plus étendus ; mais ils ont aussi le souci de protéger la famille légitime. Au contraire, les peuples germaniques considèrent surtout la femme pour laquelle ils professent un grand respect ; ils lui accordent le droit d'obtenir réparation du préjudice qu'elle

a subi ; elle est munie d'une action propre ; la preuve lui est facilitée, mais l'enfant passe au second plan et n'est qu'indirectement secouru.

La solution adoptée, relativement à la question de la recherche de la paternité dépend d'ailleurs de la conception générale du droit de la famille naturelle. Dans les pays latins, la famille naturelle est *copiée* sur le type de la famille légitime, dont elle est seulement une image diminuée. En principe, la situation de l'enfant naturel est, à tous égards, analogue à celle de l'enfant légitime. Ses droits ne sont réduits que par faveur pour le mariage et la famille issue de l'union légale. De plus, les effets de la filiation ne dépendent pas du titre qui la constate : reconnaissance volontaire ou judiciaire. L'enfant naturel, qui a réussi à prouver sa filiation, acquiert donc des droits très étendus : droit au nom, à l'entretien, à la protection, à la succession de ses parents. Par contre, la preuve est fort difficile à rapporter. La recherche de la maternité est ordinairement permise, mais soumise à des conditions rigoureuses, telles que l'existence d'un commencement de preuve par écrit. Quant à la recherche de la paternité, ou bien elle est totalement interdite, ou elle n'est permise que dans certains cas limitativement déterminés, dont les principaux sont : l'acte criminel commis sur la personne de la mère, la séduction frauduleuse, l'aveu de paternité, la possession d'état et le concubinage. De même, certaines restrictions sont apportées à la liberté de la preuve testimoniale ; ainsi, d'après la loi du 16 novembre 1912, le demandeur ne peut être admis à prouver les faits de séduction, que s'il existe un commencement de preuve par écrit. Les législations latines enferment aussi l'action dans un délai assez restreint et n'hésitent pas, par crainte du chantage et du scandale, à apporter ainsi une grave dérogation au principe de l'imprescriptibilité des actions d'état. Parfois des mesures exceptionnelles sont prises contre le chantage, par exemple la loi française punit de peines graves telles que l'emprisonnement et l'interdiction de séjour le demandeur de mauvaise foi. Enfin la famille

légitime est énergiquement protégée contre l'intrusion des enfants naturels : les droits de ceux-ci sont considérablement réduits, quand ils pourraient nuire à l'époux et aux enfants issus du mariage. La recherche de la filiation adultérine et incestueuse reste interdite. Ainsi, dans les pays latins, les droits de l'enfant naturel sont étendus, mais la preuve est difficile, l'action est étroitement et minutieusement réglementée.

La solution germanique repose sur une conception tout à fait différente de la filiation naturelle. Au lieu d'organiser la parenté naturelle sur le modèle de la parenté légitime, les législations germaniques établissent un *départ* tranché entre ces deux filiations. Elles ont été frappées de ce fait, que la maternité est toujours certaine, affirmée par le fait de l'accouchement, tandis que la paternité ne peut être établie de façon absolue. Par suite, l'enfant naturel est toujours rattaché à sa mère. « *Kein Kind ist seiner Mütter* » « *Kebskind* » (1) disait le vieil adage de l'ancien droit germanique. Nul n'est bâtard de par sa mère. Il convient donc d'assimiler sous tous rapports l'enfant naturel à l'enfant légitime dans la famille de sa mère : « *Das uneheliche Kind hat im Verhältnisse zu der Mütter und zu den Verwandten der Mutter die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes* » (2). Il porte donc le nom de sa mère, il a des droits rigoureusement égaux à ceux d'un enfant légitime dans la succession de sa mère et de tous ses parents maternels ; il entre sans restriction dans la famille de sa mère. Il peut établir la filiation maternelle par les mêmes modes de preuves que l'enfant légitime, c'est-à-dire par l'acte de naissance constatant le fait de l'accouchement. Par contre, l'enfant naturel est à jamais exclu de la famille de son père : il n'est rattaché à lui par aucun lien de famille, il ne porte pas son nom, il n'est pas son héritier ;

(1) *Graff und Dietherr. Deutsche Rechtsprüchwörter*, p. 164, n° 134.

(2) Art. 1705 C. civ. allem.

il n'est pas soumis à sa puissance. Le Code civil allemand va jusqu'à dire que l'enfant illégitime et son père ne sont pas parents (*nicht verwandt*). Il ne peut réclamer de son père qu'une pension alimentaire temporaire : ses droits sont réduits au minimum. Le père ne doit rien de plus que la rente fixée par le jugement et il ne la doit pas au-delà de la limite d'âge déterminée par la loi, quel que soit l'état de besoin où se trouve l'enfant. L'action en paternité a donc le caractère d'une simple action pécuniaire : c'est un créancier, qui cherche à faire établir par un jugement l'existence de sa créance. L'enfant n'obtient jamais, quelles que soient les preuves qu'il fournisse, qu'une pension alimentaire, limitée à une durée relativement courte. La reconnaissance volontaire du père n'a d'autre effet que d'interdire à celui-ci l'usage de l'*exceptio plurium* dans le procès en paternité. Elle ne confère par elle-même droit à l'enfant illégitime : elle n'a pas le caractère positif d'un acte de volonté, mais le caractère négatif d'une renonciation à un moyen de défense. Si les effets attachés à la filiation paternelle naturelle sont très restreints, par contre, l'action est largement ouverte, la preuve est facile. Les législations germaniques ne connaissent pas de listes de cas analogues à celles que prévoient les législations latines. Elles se contentent d'édicter une présomption générale de paternité contre l'homme, qui a cohabité avec la mère pendant la période légale de la conception. Il incombe naturellement à la partie demanderesse d'apporter la preuve des faits de cohabitation, mais elle n'a besoin d'établir ni la séduction, ni l'état de concubinage, ni la possession d'état. Le défendeur, sur lequel pèse la présomption de paternité, qui n'est qu'une présomption *juris tantum*, est libre de la repousser par toutes voies de droit et en particulier à l'aide d'exceptions qui lui sont expressément conférées par la loi, telles que la célèbre *exceptio plurium constupratorum*. L'action n'est soumise à aucun délai; elle est imprescriptible. Comme elle offre peu d'attraits, et ne paraît pas de nature à tenter les maîtres-chanteurs, il n'est pris aucune mesure spéciale contre le chantage. Ayant un caractère purement pécuniaire, elle est susceptible de

transaction et de compromis; elle est ordinairement soumise à une procédure spéciale, rapide et discrète, qui est une manière de tentative de conciliation. Enfin, l'action est accordée à tous les enfants naturels, même aux adultérins et aux incestueux. Tous peuvent réclamer des aliments, mais ils ne peuvent réclamer que cela. Ainsi dans les législations germaniques, les effets de la filiation naturelle paternelle sont très minimes ; par contre, la preuve est aisée; l'action est largement permise dans toutes les hypothèses et à tous les enfants illégitimes, sans distinction.

Telles sont les deux grandes conceptions entre lesquelles se partagent sur la question de la recherche de la paternité, les législations modernes. A vrai dire, il existe une *troisième* solution, qui consiste dans la *conciliation* ou plutôt la *juxtaposition* des deux systèmes latins et germaniques. Cette solution qui est due à une méthode d'éclectisme, vient d'être consacrée par la loi belge du 6 avril 1908 et par le Code civil suisse (art. 302-327). Tantôt, l'action en recherche de paternité présente un caractère exclusivement pécuniaire, tantôt, elle est une véritable action d'état avec conséquences d'état civil (Statusklage). Si l'on en croit les législateurs belge et suisse, le criterium de cette distinction résiderait dans la valeur plus ou moins grande de la preuve de la paternité (1). A-t-on la conviction intime que le défendeur est le père de l'enfant, conférons au jugement de paternité les effets les plus étendus. Au contraire, si la paternité du défendeur n'apparaît que comme vraisemblable, il convient de limiter à une simple créance alimentaire les effets du jugement. La responsabilité du père est donc proportionnée à la valeur de la preuve. Déjà Savigny faisait une distinction analogue : il établissait trois degrés dans la preuve de la paternité : la certitude (Gewiszheit), la vraisemblance (Wahrscheinlichkeit) et la simple possibilité (Möglichkeit) de la paternité (2). Les législateurs belge et suisse n'ont pas repris cette division tripartite : ils ont rejeté la simple possibilité

(1) Huber. *Exposé des motifs de l'avant-projet*, t. I, p. 203.

(2) Savigny. *Gutachten aus dem Jahre 1843*. Mémoire à l'occasion d'une pétition au 7^e Landtag de Sibérie.

comme ne suffisant pas à fonder un rapport de filiation. Cependant, nous verrons qu'en particulier, au Sénat belge, cette dernière opinion a trouvé des défenseurs convaincus et habiles. On a donc, en définitive, reconnu *deux degrés dans la certitude de la paternité* : la certitude proprement dite, qui attache au jugement de paternité tous les effets de la reconnaissance volontaire, et la simple vraisemblance qui les réduit à une dette d'aliments. Ce système éclectique convient parfaitement à la Suisse, qui reçoit également l'influence de la civilisation latine et de la civilisation germanique. Nous avons vu, en effet, que sur cette question de la recherche de la paternité, elle était divisée entre plusieurs tendances. D'une part, les cantons de la Suisse romande se rattachaient au système latin; ils n'admettaient qu'à titre exceptionnel la recherche de la paternité, mais ils lui reconnaissaient le caractère d'une véritable action d'Etat. Au contraire, dans le Nord et le centre de la Suisse, les législations cantonales avaient adopté le système germanique de la paternité alimentaire. Le Code civil suisse étant une œuvre de conciliation et, d'autre part, les habitants des cantons adhérant fortement à leurs coutumes traditionnelles, la seule solution qui s'offrait au législateur fédéral était de consacrer à la fois dans la loi ces deux systèmes différents et de donner ainsi satisfaction aux tendances diverses des lois et Codes cantonaux. Cependant, les préférences du législateur suisse sont allées au système allemand : en *principe*, l'action en paternité a un caractère *alimentaire*. Le défendeur ne doit être condamné qu'au versement périodique d'une pension alimentaire. Tel est le droit commun en la matière. « L'action en paternité, dit « M. Huber, a un caractère pécuniaire venant de l'incertitude de la paternité » (1). Ce n'est donc que dans des hypothèses *exceptionnelles*, limitativement énumérées par la loi, qu'à raison de la grande certitude de la preuve, l'action en paternité devient une *véritable action d'état* avec

(1) Huber. *Exposé des motifs*, I, p. 206.

toutes ses conséquences normales. « On ne saurait trop insister sur ce fait, disent MM. Rossel et Mentha, l'action en paternité ne sera qu'exceptionnellement l'action en paternité proprement dite ; dans la grande majorité des cas, elle ne sera qu'une action alimentaire sans conséquences d'état civil » (1). D'ailleurs, le texte de la loi commande cette interprétation : « L'action, dit l'article 309, tend, soit à des prestations pécuniaires du père en faveur de la mère et de l'enfant, soit, *en outre, dans les cas prévus par la loi*, à la déclaration de paternité avec ses effets d'état civil. » Ces circonstances exceptionnelles, dans lesquelles l'action en paternité prend le caractère d'une action d'état, sont la promesse de mariage, l'acte criminel (Verbrechen) commis sur la personne de la mère et l'abus d'autorité (Gewaltmisbrauch) (art. 323 C. civ. suisse). Si le demandeur ne peut prouver aucun de ces faits précis, alors s'applique la présomption générale de paternité contre l'homme qui a cohabité avec la mère pendant la période légale de la conception (du 300^e au 180^e jour avant la naissance) (art. 314 C. civ. suisse). Mais, dans ce cas, l'enfant n'obtient jamais que des aliments. Ainsi donc, quand l'action a un caractère purement pécuniaire, la preuve est large, l'action est ouverte à tous les enfants sans distinction. Au contraire, quand l'action tend à faire déclarer la paternité du défendeur, il faut prouver l'existence de faits précis et déterminés ; et la déclaration de paternité est impossible à l'égard d'un défendeur marié à l'époque de la cohabitation ; mais, même dans ce cas, l'enfant peut obtenir des aliments. A part ces quelques différences, d'ailleurs assez sensibles, l'action en paternité, qu'elle tende à une prestation pécuniaire ou qu'elle soit une action d'état, est soumise au même délai (un an) ; elle est régie par la même procédure ; les mêmes exceptions et moyens de défenses sont accordées au défendeur.

En ce qui concerne la *maternité* naturelle, le Code civil

(1) Rossel et Mentha. *Manuel de droit civil suisse*, t. I, p. 371.

suisse a, par contre, adhéré au système *germanique* (Kein Kind ist seiner Mütter Kebskind). L'enfant naturel est complètement assimilé à un enfant légitime à l'égard de sa mère et dans la famille de celle-ci. D'ailleurs, la grosse majorité des législations cantonales admettaient ce principe. « Sans doute, dit M. Huber, nous aurions ici, vis-à-vis « du père, le même lien qu'à l'égard de la mère, la filiation « naturelle. Mais *la maternité est toujours certaine, la paternité ne l'est pas ; le législateur doit tenir compte de « ce facteur* » (1). Aussi le Code civil suisse, dit-il, en parlant de la maternité, qu'elle résulte (entstehe) du seul fait de la naissance et, en parlant de la paternité, qu'elle doit être établie (festgestellt) par une reconnaissance ou un jugement (2). Le rapport de parenté qui unit l'enfant à la mère est donc fondé exclusivement sur le fait de la naissance (3).

La même dualité de régime est consacrée par la loi *belge* du 6 avril 1908. Mais cette solution n'a pas été volontairement admise par le législateur. Elle lui a été *imposée* sous peine de ne point aboutir ; elle est la formule de *transaction* entre le système de la Chambre des représentants et celui du Sénat. En effet, la première assemblée avait adopté le projet Mabille, qui s'inspirait des projets précédents Laurent et Van Berchem. La recherche de la paternité y était autorisée dans un certain nombre d'hypothèses limitativement déterminées. Les effets de la filiation naturelle, cons-

(1) Huber. *Loc. cit.*

(2) C. C. suisse, art. 302.

(3) Au contraire, en ce qui concerne la reconnaissance, le C. C. suisse a adhéré au système français. Elle est un acte authentique déclaratif de filiation. Quelques innovations intéressantes doivent être signalées : elle peut être faite par le grand-père paternel (art. 303 ; par acte authentique et aussi par « disposition pour « cause de mort » (art. 303).

Elle peut intervenir au profit d'un enfant adultérin ou incestueux. Tout intéressé peut attaquer la reconnaissance et s'y opposer ; outre l'enfant, la mère, les héritiers de l'auteur de la reconnaissance, les donataires et légataires, ce droit peut être exercé par le canton d'origine du père (art. 306).

tatée judiciairement, étaient, à tous égards, identiques à ceux qui résultent de la reconnaissance volontaire. L'enfant avait droit au nom, à la protection, à la succession de son père. Par contre, la commission du Sénat, sous l'impulsion de son rapporteur, M. Goblet d'Aviella, se ralliait à la conception germanique. Profondément impressionnée par le rapport de M. Haléwyck, qui était allé étudier sur place le fonctionnement du système germanique, elle n'accordait, dans les cas prévus par le projet de la Chambre, qu'une pension alimentaire à l'enfant qui avait réussi à prouver sa filiation. Elle ne faisait exception que pour la possession d'état qu'elle admettait comme preuve de la paternité. Le Sénat vota le projet de sa commission. Il en résulta un conflit entre les deux Chambres, et chacune restant sur ses positions, le débat menaçait de s'éterniser ; et la réforme de l'article 340 d'échouer. Aussi, sur les conseils du ministre de la Justice Renkin et du rapporteur Colaert, la Chambre des Représentants consentit à s'incliner devant la volonté du Sénat, mais elle y mit cette condition, c'est que l'on ne revint pas en arrière du Code Napoléon. En effet, dans le projet du Sénat, l'enfant, dont la mère avait été victime d'un acte criminel, ne pouvait réclamer qu'une pension alimentaire, tandis que sous l'empire de l'ancien article 340, il pouvait exercer une véritable action d'état. La Chambre obtint donc que, dans le cas d'enlèvement, de viol, de séquestration arbitraire, la recherche de la paternité put être exercée et entraîner des conséquences d'état. Ainsi la loi belge, à la différence du Code civil suisse, contient *deux listes parallèles* de cas, l'une qui comprend tous les actes criminels commis sur la personne de la mère et la possession d'état (art. 340 a) ; dans ces hypothèses, l'enfant est rattaché à son père par de véritables liens de famille. Dans la seconde liste sont rangés les cas où l'enfant ne peut obtenir de son père qu'une pension alimentaire jusqu'à l'âge de dix-huit ans (art. 340 b) ; on n'exige alors du demandeur que la simple preuve des relations sexuelles de sa mère et du défendeur. Mais, tandis que dans le Code civil suisse, cette preuve est libre et peut être rapportée, quelles que soient les circonstances qui entourent les rapports intimes,

la loi belge ne l'autorise que dans certaines hypothèses particulières. Comme le dit parfaitement M. Galopin, il faut « que la preuve porte également sur l'une ou l'autre de ces « circonstances aggravantes » (1) : caractère habituel et notoire des relations, attentat à la pudeur sur la personne d'une fille âgée de moins de seize ans, séduction de la mère par promesse de mariage, manœuvres frauduleuses, abus d'autorité, enfin l'aveu des relations constitue la preuve normale. Hormis ces cas, il est donc interdit au demandeur de chercher à établir sa filiation. Ainsi la loi belge apparaît comme singulièrement plus restrictive que le Code civil suisse. Ce dernier ne possède qu'une seule liste où, *exceptionnellement*, l'action en recherche de paternité devient une action d'état ; dans toutes les autres hypothèses, une présomption *générale* de paternité est édictée contre l'homme qui a cohabité avec la mère pendant la période légale de la conception. La loi belge dresse deux listes où la recherche de la paternité est *exceptionnellement* permise ; et, cependant, la plupart du temps, l'enfant ne peut obtenir qu'une pension alimentaire. Le législateur belge a donc en partie emprunté au droit germanique sa solution relative aux effets de la reconnaissance judiciaire, mais, par contre, il a organisé la preuve de la paternité naturelle selon le mode latin. Dans l'ensemble, son système est assez restrictif. Comme l'a fort bien dit M. Champcommunal, « *le législateur belge a raisonné à l'allemande mais statué à la française* » (2).

**

Il est indispensable, avant d'entrer dans l'examen détaillé des législations modernes sur cette question d'indiquer, dès maintenant, les idées générales qui dominent les dispositions particulières et qui commandent les solutions. Nous les avons déjà maintes fois aperçues au passage.

(1) Galopin. *La filiation illégitime et la vraisemblance de paternité naturelle*. Liège, 1909, n° 62, p. 44.

(2) Champcommunal. *Bull. Soc. législ. comparée*, 1910, p. 106.

L'une des plus importantes est celle qui est connue sous le nom de « *loi de balancement ou d'oscillation entre l'étendue des effets et la facilité de la preuve* ». Si une législation ne reconnaît au jugement déclaratif de paternité que des effets restreints, tels qu'une simple obligation alimentaire, par contre elle autorise très largement la preuve de la paternité ; elle n'apporte aucune dérogation au droit commun, elle ne crée aucun régime exceptionnel. Inversement, si les effets de l'action sont très étendus et très importants ; la preuve devient plus difficile ; elle est minutieusement réglementée ; des mesures spéciales sont édictées contre le chantage ; un délai relativement court est imparti. Nous venons de voir, en effet, d'après le rapide exposé que nous avons fait de l'ensemble de la question, que les législations latines accordaient beaucoup de droits à l'enfant, mais lui rendaient la preuve difficile, tandis que les législations germaniques, qui ne lui donnent qu'une simple créance d'aliments, lui ouvrent largement toutes les voies de droit. Mais nous trouverons presque à chaque page de cette étude de nouveaux exemples et de nouvelles confirmations de cette loi. Les débats, qui eurent lieu aux Chambres belges, sont particulièrement démonstratifs sur ce sujet. Tant qu'il fut question, à la Chambre des représentants, de faire produire à l'action en recherche de paternité les mêmes effets qu'à la reconnaissance volontaire, on réclama de sérieuses garanties quant à la preuve de la paternité, un commencement de preuve par écrit de la promesse de mariage, la continuité ininterrompue du concubinage pendant toute la durée de la période légale de la conception ; on hésitait à mentionner le cas d'abus d'autorité. Au contraire, dès qu'au Sénat on fut d'avis de n'accorder à l'enfant qu'une pension alimentaire, les controverses cessèrent d'elles-mêmes ; on admit la preuve directe de la promesse de mariage ; on ne discuta plus que pour la forme sur les hypo-

(1). Champcommunal. *Bull. Soc. législ. comparée*, 1910, p. 106.

thèses du concubinage et de l'abus d'autorité. Le rapporteur au Sénat reconnaissait lui-même qu'on a lieu d'être moins exigeant du moment que l'action entraîne des conséquences moins graves. « Il ne s'agit pas de l'honneur d'un citoyen, disait « Poullain Duparc, à propos de la règle « *Virgini creditur*, mais d'un objet purement pécuniaire. »

Un autre principe dominant, c'est la *solidarité* qui existe entre l'enfant naturel et sa mère. Il est frappé parce que sa mère a commis une faute. L'indignité de sa mère rejaillit sur lui. Nous verrons que pendant longtemps le droit de l'enfant a entièrement dépendu du droit de la mère, ou plutôt était absorbé par lui. Seule, la mère pouvait agir, à son gré et à sa convenance. L'action en recherche de paternité a commencé par être une action en dommages-intérêts de la fille séduite. Il en résultait que le sort de l'enfant était lié à celui de la mère. En particulier, si celle-ci, à raison de sa vie de débauche ou de ses mauvais antécédents, ou pour tout autre motif souvent complètement étranger à la question de filiation, se voyait refuser le droit d'agir, du même coup les intérêts de l'enfant étaient sacrifiés. Nous montrerons que, sur ce point, il s'est fait une évolution très significative dans les législations. Peu à peu le droit de l'enfant a apparu sous le droit de la mère ; il a tendu à avoir une existence propre, puis il s'en est nettement séparé ; il est devenu indépendant ; il a pu être exercé concurremment avec celui de sa mère ; enfin, dans la plupart des lois modernes, l'enfant est maintenant seul titulaire de l'action ; la mère n'agit plus en son propre nom, mais au nom de l'enfant : elle n'a conservé qu'une action spéciale et indépendante par laquelle elle peut réclamer une indemnité pour ses frais de couches et, parfois, pour le préjudice moral qui lui a été causé. Dans cet état du droit, l'enfant ne souffre plus directement de l'indignité de sa mère. Si son action est rejetée, ce n'est point parce que sa mère est une femme de mauvaise vie, mais parce que le fait de s'être livrée à plusieurs hommes pendant la période légale de la conception, rend incertaine la filiation de l'enfant et insoluble le procès en recherche de paternité. Ce n'est assurément qu'une nuance, mais, à notre avis, elle a une impor-

tance capitale, et elle marque un progrès considérable, et très péniblement acquis. Ainsi la loi de solidarité entre l'enfant naturel et sa mère fléchit sensiblement sur ce point.

Enfin, nous remarquerons que plus les *pouvoirs publics* interviennent dans les affaires de recherche de paternité, plus l'enfant naturel a chance d'être secouru. En effet, la société, assumant la charge des enfants naturels, a intérêt à découvrir le père pour lui faire supporter le poids de sa responsabilité. Elle agit donc avec vigueur et fermeté, mais parfois aussi avec un zèle intempestif. Les pays germaniques, nous le verrons, s'accommodent fort bien de cette immixtion des autorités publiques dans une affaire d'ordre privé. On y considère la recherche de la paternité comme une institution sociale devant fonctionner automatiquement à chaque naissance d'enfant naturel. Au contraire, dans les pays latins, une pleine initiative est laissée aux particuliers qui sont seuls juges de l'opportunité des poursuites. L'intervention des pouvoirs publics est une solution à laquelle sont généralement hostiles les habitants des pays latins, jaloux de leur indépendance et de leur liberté.

C'est pourquoi la recherche de la paternité, laissée à la libre décision des particuliers, est d'un usage assez restreint dans les pays latins et n'y acquerra jamais l'importance qu'elle a dans les pays de civilisation germanique.

Tels sont les grands principes qui dominent la question de la recherche de la paternité.

Nous allons donc étudier, les uns après les autres, les différents cas dans lesquels l'action en recherche de paternité peut être intentée. En effet, nous savons que les pays latins n'autorisent la recherche que dans certaines hypothèses *limitativement* déterminées. Le caractère limitatif des énumérations ressort du texte et de l'esprit des lois; il est, au surplus, affirmé dans les travaux préparatoires (1). L'ordre dans lequel nous étudions les divers cas d'admis-

(1) Voy. Richard. *J. Off.* 15 juin 1910. Déb. parl. Sén., p. 1503. Comp. Nancy, 3 janv. 1914. *Gaz. Pal.* 1914, p. 133 et suiv.

sibilité de l'action est déterminé par un double motif : nous commençons par l'examen des hypothèses, où la paternité du défendeur paraît le plus sûrement établie et nous continuons par une progression décroissante. De même les cas que nous plaçons en tête sont ceux qui sont adoptés avec le plus de facilité par le plus grand nombre de législations ; les autres se rencontrent moins fréquemment ; et c'est pourquoi nous avons rejeté à la fin le cas de concubinage, que certains législateurs hésitent à mentionner.

Il convient, dès l'abord, de faire une remarque générale très importante, que nous aurons d'ailleurs l'occasion de répéter maintes fois au cours de ce travail, c'est que, dans aucun cas, quelle que soit la certitude avec laquelle la paternité paraît établie, le juge n'est contraint de déclarer la filiation de l'enfant. C'est un principe sur lequel toutes les législations sont d'accord. Le tribunal conserve en toutes circonstances la plus grande liberté d'appréciation. Selon le mot de M. Béranger, tous ces cas ne sont que des « *présomptions d'admissibilité de l'action* ». Celle-ci n'est recevable que si l'on apporte la preuve des faits déterminés par la loi. Mais cette preuve, le juge l'examine et détermine, dans la liberté et l'indépendance de sa conscience, la valeur qu'il faut lui attribuer (1). Aucun fait ne peut s'imposer à lui. Tous les textes de loi disposent que la paternité *peut* être déclarée ou que l'enfant *peut* obtenir une pension alimentaire (2). La présomption générale des

(1) Voy. en particulier. Rapport au Sénat franç., 1908, n° 369. — *J. off.* Déb. parl. Sén. *J. off.* 11 juin 1910, p. 1494. — *J. off.* 11 nov. 1910. Déb. parl., p. 1724. — Voy. art. 340 *b.* loi belge.

(2) Nous ne connaissons qu'une exception à ce principe général : l'art. 323, al. 1 du C. C. suisse dit que la paternité *sera* déclarée lorsqu'il y aura promesse de mariage, abus d'autorité, acte criminel. Mais il ne s'agit pas de contraindre le juge à déclarer une paternité qu'il ne croit pas exacte, mais de lui enjoindre d'attacher au jugement des conséquences d'état au lieu d'accorder seulement une pension alimentaire. On suppose toujours que la paternité du défendeur ne lui paraît pas douteuse.

législations germaniques est une présomption simple qui peut être librement combattue. En effet, chaque espèce se présente sous un jour particulier, avec certaines circonstances spéciales, et il eût été dangereux de contraindre le juge à déclarer une paternité sur laquelle il peut concevoir des doutes sérieux. Le succès de ces lois sur la recherche de la paternité dépend donc en grande partie de la façon judicieuse dont les tribunaux sauront les appliquer.

CHAPITRE I^{er}

ATTENTATS SUR LA PERSONNE DE LA MÈRE

Nous avons vu qu'une des principales raisons, qui ont déterminé les législateurs à interdire la recherche de la paternité, était l'impossibilité d'une preuve directe et complète du lien de filiation qui unit l'enfant à son père. Mais, cependant, le doute sur la paternité d'un homme disparaît, ou du moins est sensiblement dissipé, quand cet homme s'est rendu coupable d'un acte criminel sur la personne de la mère. Des circonstances qui ont entouré la conception se dégagent de fortes présomptions, sinon une certitude absolue que le père de l'enfant n'est autre que l'auteur de l'acte criminel. Cet acte suppose l'existence de relations sexuelles entre l'agresseur et sa victime, puisque c'est précisément dans ce but que le crime a été commis ; et il semble peu probable que la femme ainsi violentée et séquestrée ait pu avoir commerce avec d'autres hommes que le ravisseur. Ainsi que le dit Demolombe « l'enlèvement implique l'idée d'une séquestration plus ou moins longue pendant laquelle la personne enlevée a été tenue en chartre privée, et il est devenu alors possible de reconnaître si l'époque de la conception concourt avec celle de la durée du rapt » (1).

Aussi les législations, qui interdisent la recherche de la paternité, se départissent de leur prudence et lèvent l'interdiction, dans le cas où un acte criminel a été commis sur la mère (2). Il nous a donc paru conforme à la logique et à

(1) Demolombe. *Traité de droit civil*, t. V, n° 490.

(2) Art. 340 C. Nap. et les législations qui l'ont adopté intégralement. Royaume des Deux-Siciles, Duchés de Parme et de Modène (jusqu'à la promulgation du C. c. italien), Belgique (jusqu'à la loi du 6 avril 1908), Genève, Jura bernois, Prusse rhénane, Grand

l'histoire de la question, de commencer cette étude par l'examen de l'hypothèse qui a contraint les législateurs les plus sévères à apporter une exception au principe de l'interdiction. Les deux principaux actes criminels qui permettent d'intenter l'action en paternité sont l'enlèvement et le viol. Il est inutile de donner une définition de ce dernier terme : il est moins aisé de préciser le sens du premier. Contentons-nous, pour l'instant, de définir l'enlèvement, le fait par un individu de s'emparer d'une femme par la violence et de l'emmener afin d'abuser d'elle.

Mais, sur cette question, en apparence si simple, les juristes ont fait assaut de subtilité. C'est une attitude qui leur est coutumière ; et puis la loi ne prévoyait qu'une seule exception au principe de l'interdiction de la recherche, et nombre d'auteurs s'efforçaient d'étendre cette exception au plus grand nombre de cas possibles. Aussi cette question n'offrant plus qu'un intérêt rétrospectif, et, d'autre part, le législateur étant devenu plus libéral, nous serons très brefs sur ce sujet (1).

Demolombe en cette matière, comme en beaucoup d'autres, d'ailleurs, a fait preuve d'un esprit très large d'interprétation, au risque même d'encourir le reproche de

Duché de Bade et une partie de la Bavière (jusqu'à l'entrée en vigueur du C. civ. allemand).

Les lois et Codes suivants ont admis le même principe, mais ajoutent le cas de viol à celui de l'enlèvement : Italie, C. c., art. 189 ; C. sarde, art. 185 ; Espagne, C. c., 24 juill. 1889, art. 135 (viol, attentat et rapt) ; Portugal, 1^{er} juillet 1867, art. 130 ; Grèce, projet de C. civ. 1874, art. 349 ; Pérou, C., 28 juillet 1852, art. 235 ; Uruguay, C. civ. 23 janvier 1868 ; Mexique, C. 20 décembre 1870 ; Grand Duché de Hesse, loi 30 mai 1821 ; Hollande (jusqu'à la loi du 16 novembre 1909) ; Fribourg, loi 23 juin 1871, art. 11 ; Vaud, C. civ., art. 190 ; Tessin, art. 183 ; Suisse, C. civ. 1912, art. 323 ; Belgique, art. 340 a, loi 6 avril 1908 ; France, art. 340 loi 16 novembre 1912 ; ordonnance monégasque, art. 236, 3^o, 3 juillet 1907 ; projet italien, Scialoja, art. 5, 1^o.

(1) Pour plus de détails, voy. les auteurs cités, et un bon exposé de la discussion dans Crémieux. *Des preuves de la filiation naturelle non reconnue*. Thèse, Paris, 1907, pp. 158 et suiv.

solliciter quelque peu les textes. Selon cet auteur, le terme « enlèvement » comprend toute espèce de séduction, avec ou sans fraude, s'appliquant à une fille mineure. En effet, celle-ci est toujours présumée avoir agi sans discernement et avoir été l'objet d'une contrainte au moins morale.

Au contraire, il n'y a enlèvement pour les filles majeures qu'autant qu'elles ont été victimes d'une séduction accompagnée de violence. Enfin, Demolombe permet la recherche de la paternité dans le cas de viol, qu'il considère comme un « enlèvement momentané » (1).

D'autres se contentaient de faire rentrer sous l'expression « enlèvement » la séduction violente et la séduction seulement frauduleuse (2).

Enfin un troisième parti avait adopté une définition très étroite de ce terme ; il impliquait à leur avis l'idée de contrainte physique, de violence, et ces auteurs n'admettaient la recherche de la paternité que si cet enlèvement brutal avait été suivi de séquestration, de possession exclusive de la femme (3). Pour justifier leur théorie, ils invoquaient d'abord le sens couramment donné au mot « enlèvement ». Ils tiraient aussi argument de ce fait que le Code pénal des 25 septembre et 6 octobre 1791 ne punissait que l'enlèvement par violence. Ils s'appuyaient enfin sur les travaux préparatoires (4). Peut-être avaient-ils trouvé la véritable interprétation de l'article 340. Remarquons seulement qu'il serait étrange que les rédacteurs du Code civil n'aient voulu

(1) Demolombe. *op. cit.*, t. v, p. 490 et suiv.

(2) Marcadé, art. 340, n° 2. — Demante, t. II, n° 69 *bis*. — Hus. *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. III, n° 88. — Planiol, t. I, n° 1533 et la jurisprudence citée à la note 5 de la page suivante.

(3) Laurent. T. IV, n° 96. — Aubry et Rau. *Cours de droit civil français*, t. v, § 569. — Baudry et Chéneaux. *Traité de droit civil. Droit des personnes*, t. III, n° 682. L'opinion était quasi unanime en ce sens en Belgique. — Galopin. *La filiation illégitime*, 1900, n° 23, p. 23. — Van den Heuvel. *Chambre*, n° 33, p. 35.

(4) Discours de Duveyrier. Loqué. *Législation civile de la France*, t. VI, p. 322.

autoriser la recherche de la paternité que dans le seul cas visé par la loi de 1791, c'est-à-dire celui où le rapt a été exercé sur des filles de moins de quatorze ans. « On arriverait donc, dit Laurent, à cette singulière conséquence que le législateur n'admettrait la recherche de la paternité que dans un cas où, légalement, la maternité est impossible » (1). Et puis, enfin, ne trouvons-nous pas déjà chez Pothier (2), le grand inspirateur du Code civil, et chez Merlin (3), la distinction du rapt de violence et du rapt de séduction ?

Mais, ne nous attardons pas à cette discussion de mots. Il nous paraît que les rédacteurs du Code ne se sont pas attachés à ces subtilités et que la direction de leur esprit a été toute différente. Si l'on relit à ce sujet les paroles de Tronchet (4), on s'aperçoit qu'il se souciait beaucoup moins de la contrainte plus ou moins violente exercée sur la volonté de la femme que du mode de vie auquel elle était soumise après l'enlèvement proprement dit. N'oublions pas que les rédacteurs du Code sont hostiles à la recherche de la paternité ; ils ne l'admettent qu'à regret, et dans un seul cas, où la preuve de la paternité leur a paru possible. Pour obtenir cette quasi-certitude qu'ils réclamaient, il était donc nécessaire, dans leur pensée, que l'enlèvement fut suivi de séquestration, de possession exclusive de la femme. Cette interprétation a d'ailleurs été adoptée par les rares décisions rendues par les tribunaux sur cette question (5).

Il apparaît donc que dans la doctrine française la notion d'enlèvement implique l'idée de séquestration. Aussi lisons-nous dans le rapport de M. Guillier au Sénat la définition suivante : « L'enlèvement, qui est un fait de violence ac-

(1) Laurent. *Principes de droit civil français*, t. iv, p. 146.

(2) Pothier. *Du contrat de mariage*, 3^e partie, chap. iii, art. 6.

(3) Merlin. *Repertoire*, v^o Rapt.

(4) Fenet, t. x, p. 134.

(5) Paris, 29 mars 1821. S. 1821. 2. 185. Bordeaux, 30 juin 1885. D. 86, 2. 151. S. 87. 2. 57. Paris, 5 juillet 1911. *Gaz. Trib.* 1911. 2.183. Planiol. t. i, n^o 1533.

« accompagné d'une séquestration plus ou moins prolongée, « constitue le seul cas pour lequel l'article 340 autorise « la recherche de la paternité » (1). Le rapport à la Chambre reproduit cette définition classique : « L'enlèvement « suppose la séquestration. Il est accompagné de certain- « nes violences. Il implique une contrainte imposée à la « femme, dont la volonté cesse d'être libre » (2). Cette conception étroite est-elle bien conforme à l'esprit de la loi du 16 novembre 1912 ?

L'hypothèse de l'enlèvement constitue en effet le premier cas dans lequel la loi nouvelle autorise la recherche de la paternité naturelle : « La paternité, hors mariage, peut- « être judiciairement déclarée : 1° Dans le cas d'enlève- « ment ou de viol.. » (art. 1^{er}).

Cet article reproduit, en y ajoutant le cas de viol, le texte de l'ancien article 340. Le législateur moderne a visiblement cherché à conserver les expressions employées par les rédacteurs du Code Napoléon. A-t-il également entendu en consacrer l'interprétation traditionnelle ? On le croirait volontiers si l'on s'en tenait aux déclarations des rapporteurs, que nous venons de citer. « A cet égard, « conclut M. Guillier, le projet qui vous est soumis n'in- « nove pas » (3).

Il nous semble cependant que la conception de la notion d'enlèvement ne peut plus être la même dans le texte nouveau et dans l'ancien. C'est que l'esprit de la loi de 1912 est très différent de celui qui a inspiré l'article 340 du Code Napoléon. Les rédacteurs de 1804 exigeaient la séquestration, parce qu'elle était à leurs yeux la seule garantie de la valeur de la preuve de la paternité. Mais, aujourd'hui, la recherche de la paternité n'est point permise exceptionnellement et comme à titre de peine ; elle est autorisée normalement, toutes les fois que peut être

(1) Guillier. Rapport au Sénat, 1908, S. E., n° 369, p. 22.

(2) Viollette. Rapport à la Chambre, p. 30. Nous citons d'après le rapport qui a paru en opuscule chez MM. Giard et Brière.

(3) Guillier. eod. loc.

prouvée l'existence de relations sexuelles entre un homme et une femme (1). Pour éviter de fausses attributions de paternité, la loi a conféré au défendeur d'énergiques moyens de défense. Ce sont des fins de non-recevoir fondées sur l'inconduite notoire de la mère ou sur la simple infidélité, elles sont destinées à paralyser l'action dès le début de l'instance ; nous les étudierons en détail (2). Voici donc quel est le mécanisme de la loi : une femme intente contre un homme une action en paternité basée sur un fait d'enlèvement. Elle n'a besoin de démontrer que le seul fait de l'enlèvement commis sur elle par le défendeur. Elle n'a pas même à prouver que cet acte a été suivi de relations charnelles : celles-ci sont présumées (3). C'est donc au prétendu père, s'il veut se disculper, à opposer à la demanderesse une fin de non-recevoir ; il cherchera, par exemple, à établir que la femme a eu commerce pendant la période de la conception avec d'autres individus que lui. S'il échoue dans cette tentative, la paternité de l'enfant peut lui être attribuée. Ainsi, peu importe que la femme ait été séquestrée ou non, la question n'est point là. Le système de la loi est tout autre. Du moment que le fait de l'enlèvement est prouvé, il ne s'agit plus que de savoir si la demanderesse n'a connu que son ravisseur : c'est le seul point à élucider. N'est-ce point d'ailleurs la question essentielle ? La séquestration donne-t-elle vraiment la certitude absolue que recherchaient les rédacteurs du Code civil ? En elle-même elle ne signifie rien. Elle n'exclut pas la possibilité de relations sexuelles de la mère avec plusieurs individus. Et, certes, la demanderesse parviendrait-elle à prouver qu'elle a été réellement séquestrée, que le défendeur aurait encore le droit d'opposer l'exception d'infidélité. Enfin, si la condition de la séquestration était encore exigée par la loi nouvelle, celle-ci eût dû, logiquement, décider que la séquestration ait

(1) Voy. Wahl. *Revue trimestrielle*, 1913, n° 20, p. 22.

(2) Voyez notre travail, chapitre sur les *Exceptions et moyens de défense*.

(3) Guillier. Rapport au Sénat, 1908, n° 369, p. 22.

duré pendant toute la durée légale de la conception. Il convient donc de dire, pour être conforme à l'esprit et au but de la loi de 1912, que la séquestration ne constitue plus un élément indispensable du fait d'enlèvement (1).

Mais que faut-il décider relativement à la question de savoir si le terme « enlèvement » comprend à la fois le rapt de violence et le rapt de séduction. Question de mots dira-t-on. Mais la plupart des discussions juridiques portent-elles sur autre chose que sur l'interprétation de certains termes ? Et puis, dans le cas qui nous occupe, le débat ne présente pas un simple intérêt académique. En effet, la preuve de l'enlèvement peut se faire par toutes les voies de droit, tandis que la demanderesse n'est admise à établir les faits de séduction que si elle peut produire un commencement de preuve par écrit. Il y a là une grave restriction à la liberté de la preuve testimoniale qui n'est point sans importance. Or, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, la controverse, sur la question de savoir s'il fallait comprendre sous le terme enlèvement le rapt de violence et le rapt de séduction, provenait surtout de ce que l'ancien article 340 ne prévoyait qu'une exception unique au principe de la prohibition de la recherche de la paternité ; aussi certains auteurs avaient-ils tenté d'appliquer le texte exceptionnel à des cas analogues. Mais la loi de 1912 semble mettre fin à toute discussion, puisqu'elle permet l'action en paternité dans le cas de séduction frauduleuse. Il apparaît alors plus logique de rendre au terme « enlèvement » son véritable sens, qui implique l'idée de violence, de contrainte physique, et de ranger sous le terme de « séduction » tous les actes qui constituent des faits de contrainte morale. Bien que le législateur ait omis de trancher la question, certains indices sembleraient indiquer qu'il a implicitement consacré cette solution. D'abord le terme « rapt » figurait à côté des mots enlèvement et viol dans le projet présenté en 1905 par

(1) En ce sens Wahl. *loc. cit.*, p. 22, 23.

MM. Rivet et Béranger (1) : il fut supprimé et n'est plus mentionné dans le rapport que fit M. Guillier en 1908. De plus, le législateur avait eu l'intention première d'exiger une condamnation pénale comme condition d'application du 1^o de l'article 340 nouveau (2). Or, le Code pénal ne punit l'enlèvement par séduction qu'à titre de détournement de mineure (art. 354 Code pén.). Les filles majeures ne sont pas protégées par la loi pénale. Ainsi on n'eût pu provoquer, dans ce dernier cas, l'intervention du tribunal répressif. Enfin, les rédacteurs de la loi ont toujours supposé qu'il y avait eu emploi de la violence (3). Il paraît donc nécessaire de ranger le rapt de séduction sous le n^o 2 de l'article 340 nouveau (4).

Le législateur belge s'est montré beaucoup plus précis que le législateur français. Il ouvre également l'action en paternité dans le cas où un attentat a été commis sur la personne de la mère. Mais il prend soin de nous indiquer à l'aide d'une énumération limitative les diverses hypothèses où l'action est permise. Il en profite habilement pour mettre fin aux doutes et aux controverses. Il vise expressément les cas de « enlèvement par violence, ruse ou menace, détention, séquestration arbitraires ou viol » (art. 340 a 2^o). L'intention du législateur belge — il l'a d'ailleurs déclaré lui-même (5) — a été, en tranchant les vieilles discussions, d'établir une concordance entre la terminologie du Code civil et celle du Code pénal. Ainsi l'enlèvement par violence, ruse ou menace correspond au

(1) Projet Rivet-Béranger, 28 janvier 1905, Sénat, Doc. 1905, p. 10, n^o 16.

(2) Guillier. Rapport au Sénat, 1908, n^o 369, p. 22, Cf. Sén. Déb. J. off. 15 juin 1910.

(3) Guillier, *op. cit.* — Viollette. Rapport à la Chambre, p. 30.

(4) Dans le même sens : Lavollée. *Code manuel de la recherche de la paternité*, p. 79. — Brun. *Commentaire de la loi du 16 novembre 1912*, n^o 38, p. 69. — Defrénois. *Répertoire général du notariat*, 1913, p. 11, n^o 14. — Contra Wahl. *op. cit.*, n^o 19, p. 22.

(5) Van den Heuvel. Chambre 1906, n^o 33, p. 35. — Leclercq. *La loi du 6 avril 1908*, n^o 11, p. xx.

rapt des mineurs, prévu et puni par l'article 368 du Code pénal. La détention et la séquestration arbitraires, c'est le rapt des majeurs dont traite l'article 434 du Code pénal sous la qualification générique d'attentat à la liberté individuelle (1). Enfin, le viol visé par l'article 340 a est le crime de viol puni par l'article 375 du Code pénal (2). L'énumération de la loi a donc eu pour but de préciser et d'étendre le sens du mot « enlèvement » qui comprend tous les actes criminels commis avec violence sur la personne de la femme. Ainsi la séquestration n'est plus une condition indispensable de l'enlèvement ; elle n'est qu'une variété d'attentat. Ainsi le cas d'enlèvement d'une fille majeure est formellement prévu. Enfin le rapt de séduction est écarté par le texte nouveau et rangé parmi les cas de paternité alimentaire (3).

La liste de l'article 236 3° de l'ordonnance monégasque renferme les mêmes hypothèses que prévoit l'article 340 a de la loi belge. Mais elle ajoute deux autres actes criminels. Ainsi elle mentionne, outre la détention et la séquestration, l'« arrestation » et « l'attentat à la pudeur » consommé sans violence sur la personne d'une fille de moins de 15 ans. Ces deux cas figuraient dans la proposition de loi de MM. Mabilie et consorts, amendée par la Section centrale (4). La Chambre des Représentants ne changea d'ailleurs rien au projet sur ce point (5). Le texte ainsi conçu avait l'avantage de correspondre de façon

(1) Van den Heuvel. *loc. cit.* — Galopin, *op. cit.*, n° 23, p. 23.

(2) Carton de Wiart. Chambre 1906, n° 31, p. 32. — Van den Heuvel, *loc. cit.* — Renkin, Chambre 1908, n° 285, p. 239.

(3) Sur tous ces points, voyez Renkin. Chambre 1908, n° 286, p. 239, 2° col. — Renkin, n° 296, p. 244. — Leclercq, *op. cit.*, n° 11, p. xx. — Galopin, *op. cit.*, n° 23, p. 23.

(4) Cf. Proposition Mabilie. *Travaux parlementaires* publiés par Leclercq, n° 14, p. 18. — De même projet Van Berchem et Le Jeune, 22 juillet 1893, art. 1, 2° (14 ans).

(5) Texte adopté par la Chambre des Représentants, *idem*, n° 119, p. 134.

très exacte aux dispositions du Code pénal (1). Mais le mot « arrestation » supprimé au Sénat par la commission de Justice (2), ne devait jamais plus reparaître au cours des débats. Quant à l'hypothèse de l'attentat à la pudeur, elle ne fut rayée de l'article 340 a que pour être inscrite à l'article 340 b 3°. Elle fait ainsi partie de la liste de cas où l'enfant ne peut réclamer de son père qu'une simple pension alimentaire. On chercherait vainement quel peut être le motif rationnel de ce changement. Pourquoi faire cette différence entre les autres actes criminels, particulièrement le viol, et l'attentat à la pudeur? Le viol n'est autre chose qu'un attentat commis avec violence, et il est l'une des causes d'ouverture de l'action en recherche de paternité avec conséquences d'état. Or, les deux hypothèses sont très voisines : la présomption de paternité est aussi forte dans l'un que dans l'autre cas, l'acte du père est également odieux. Bien que par définition il n'y ait pas eu emploi de la violence, on ne saurait considérer que la fille a agi librement. « Le « consentement de la jeune fille qui n'est pas réputé libre par la loi, dit M. de Rolland, l'éminent rédacteur « de l'ordonnance monégasque, ne saurait avoir pour « effet de décharger celui qui a abusé d'elle, des conséquences civiles de son acte » (3). Et dans son rapport à la Chambre des Représentants, M. Colaert disait de même : « Dans le cas d'attentat à la pudeur consommé « sans violence sur une jeune fille de moins de 14 ans, le « consentement ne peut être présumé » (4). Il proposait même de viser par cette disposition toutes les personnes qui auraient perdu l'usage de leurs sens au moment du

(1) Van den Heuvel. Chambre 1906, n° 33, p. 35, 2° col.

(2) Texte admis par la Commission de Justice, *idem.*, n° 119, p. 134, 2° col. La Commission a estimé le terme arrestation « sans emploi », n° 106, p. 128.

(3) De Rolland. *Exposé des motifs de l'ordonnance du 3 juillet 1907*, p. 29.

(4) Colaert. Rapport à la Chambre des Représentants, n° 5, p. 12.

crime ou du délit (1). Mais, malgré toutes ces excellentes raisons, le Sénat belge, qui ne voulait accorder dans tous les cas à l'enfant qu'une pension alimentaire, résista sur ce point, et, repoussant un amendement de M. Colaert, la Chambre (2), lors de la deuxième discussion de la loi rangea l'attentat à la pudeur parmi les cas de paternité alimentaire (3). Le ministre de la Justice, M. Renkin, se contenta d'affirmer, sans d'ailleurs développer davantage sa pensée, que « l'attentat à la pudeur n'est pas un acte « qu'on doit nécessairement considérer comme attributif ou probablement attributif de paternité » (4). Il est certain que la solution de l'ordonnance monégasque apparaît comme beaucoup plus logique que celle de la loi belge ; mais il était difficile de ne pas aboutir à de telles inconséquences dans un système aussi peu rationnel que celui de la loi du 6 avril 1908.

Le Code civil suisse, contrairement aux lois belge et monégasque, ne renferme qu'une formule générale. « Le juge « déclare la paternité du défendeur, dit l'article 323, lorsque... la cohabitation a été un acte criminel » (Verbrechen). Quels cas faut-il comprendre sous ce terme ? Tout d'abord M. Huber nous avertit qu'on a voulu viser par cette expression les hypothèses de l'enlèvement et du viol, connues des législations romandes (5). On y ajoute

(1) Colaert. *ead. loc.*

(2) Chambre, 2^e discussion 1907, n° 267, p. 234 ; l'âge de la fille fut reporté à 16 ans.

(3) L'attentat à la pudeur ne peut servir de base à l'action de l'art 340 b qu'autant que l'enfant prouve l'existence de relations sexuelles. Cf. Leclerc, *op. cit.*, n° 36, p. xxxvii.

(4) Renkin. Chambre, 2^e discussion 1907, n° 254, p. 231, 2^e col.

(5) Huber. *Exposé des motifs du C. C. S.*, t. I, p. 230. — *Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale suisse*, xv, p. 783. — Eugène Curti Forrer. *Kommentar zum schweiz. Zivilgesetzbuch*, 3^e livraison 1911, ad § 318.4. — Egger. *Kommentar*, 4^e livraison, 1912, ad art. 318 2 b. — Arthur Curti. *Schweizerisches Zivilrecht*, vol. I, p. 157. — Sur les législations romandes. Voy. Peyer. *Die familienrechtliche Stellung der unehelichen Kinder im schw. Privatrecht*, Zürich 1907, p. 15, sqq. 115.

également l'inceste (1) ; certains auteurs rangent aussi l'adultère dans cette catégorie, tout au moins dans le cas où la demanderesse non mariée a été déterminée par ruse à la cohabitation par le défendeur marié (2). Mais cette dernière solution paraît douteuse. Par contre, on ne saurait admettre que le simple fait de relations sexuelles hors mariage constitue un « Verbrechen », quand même cet acte serait puni par la législation d'un canton (ainsi à Saint-Gall) (3). D'une façon générale, les auteurs s'accordent à dire qu'il n'est pas nécessaire que l'acte soit qualifié « crime » au sens du droit pénal par les législations cantonales. La notion du « crime » doit être déterminée d'après le droit privé (*privatrechtlich*), d'après le Code civil suisse (4). Ainsi on peut faire rentrer sous l'expression « acte criminel » tous les cas où l'homme est parvenu à vaincre la résistance de la femme, non pas seulement à l'aide de la force brutale, mais par des moyens plus perfides qui paralysent la volonté ou suppriment l'usage des sens, tels que hypnotisme, emploi d'éther, chloroforme, etc... (5). Cependant il paraît bien difficile de comprendre sous le terme général de l'article 323 le rapt de séduction. Sans doute, dans ce cas, la femme peut avoir subi inconsciemment une contrainte morale aussi puissante que la contrainte physique ; mais on ne peut dire qu'il y ait dans ce cas un acte criminel, *Verbrechen-delitto* (texte italien). Il est de plus impossible de savoir dans quelle mesure la fille vaincue *blandis orationibus* n'a pas suivi volontairement son ravisseur (6). D'ailleurs, le Code civil suisse permet également d'intenter l'action en paternité avec conséquences d'état

(1) Eug. Curti. *loc. cit.*

(2) Eug. Curti. *loc. cit.* — Egger. *loc. cit.*

(3 et 4) Eug. Curti et Egger. *loc. cit.* — Peyer. *op. cit.*, p. 130.

(5) Henri Robert. *De la condition juridique de l'enfant naturel dans le Code civil allemand et le Code civil suisse*. Thèse Genève 1912, p. 291.

(6) En ce sens, Rossel et Mentha. *Manuel de Droit civil suisse*. Lausanne 1912, p. 384. — Contra Robert. *op. cit.*, p. 291.

dans le cas de séduction frauduleuse par promesse de mariage et abus d'autorité ; et il n'aggrave pas dans cette hypothèse les conditions de preuve (1).

Si on la compare aux autres législations modernes, la loi française de 1912 paraît être sur ce point assez restrictive. Elle prévoit seulement le cas d'enlèvement qu'elle semble comprendre d'ailleurs dans un sens étroit et le cas de viol. C'est dans l'assimilation des hypothèses de viol et d'enlèvement en ce qui concerne la question de la recherche de la paternité, que consiste la seule innovation apportée à l'ancien article 340 par le 1^{er} de l'article 1^{er} de la loi nouvelle. Bien qu'en fait cette addition ne puisse donner lieu qu'à des applications fort rares, peut-être même irréalisables, elle était réclamée impérieusement par la logique et la raison. D'ailleurs, la grande majorité des législations étrangères (2) qui s'étaient inspirées de notre article 340, avaient eu soin d'ajouter le cas de viol. L'exclusion dont il avait été l'objet de la part du législateur de 1804 ne reposait sur aucun motif rationnel. Elle ne peut s'expliquer qu'à l'aide de considérations historiques (3). Si l'on relit les travaux préparatoires du Code civil, on s'aperçoit que l'hypothèse du viol avait été volontairement omise, sinon adroitement escamotée. L'interprétation de Demolombe, qui assimilait sous l'empire de l'article 340, les deux cas de viol et d'enlèvement, était donc fausse au point de vue historique, mais elle était vraie rationnellement et législativement. Aussi a-t-elle fini par triompher dans notre droit ; et cette addition du mot « viol » ne devrait-elle jamais donner lieu à une seule application pratique, il faudrait encore l'approuver au

(1) Art. 323 C. C. S.

(2) Voy. les législations citées, note 2, page 100.

(3) Les rédacteurs du Code Napoléon, en fidèles disciples du maître, avaient eu d'abord l'intention de ne jamais permettre en aucun cas la recherche de la paternité, sauf à accorder une simple action en dommages-intérêts en cas d'enlèvement et de viol. C'est ainsi qu'en témoigne l'article 27 du projet de loi sur la recherche de la paternité et la filiation (2^e rédaction) présentée au Conseil

nom de la logique (1). L'acte de viol fournit de la paternité de son auteur une preuve encore plus manifeste que l'enlèvement, car il implique nécessairement l'existence d'un rapprochement sexuel. « La présomption de paternité qui résulte du viol est en effet au moins aussi forte que celle qui s'appuie sur l'enlèvement, car dans le premier cas le rapprochement qui a permis la conception est certain, tandis qu'il n'est que présumé dans le second » (2).



Ayant ainsi essayé de définir ce que les législations modernes comprennent sous le terme d'acte criminel quand il s'agit de recherche de filiation naturelle, il nous reste

d'Etat le 12 frimaire an X : « La recherche de la paternité est interdite. Lors même que l'époque de la conception concourra avec des circonstances de rapt et de viol, il n'y aura lieu qu'à des dommages-intérêts envers la mère ». L'article ainsi rédigé fut voté sans discussion le 29 fructidor an X. Puis, il fut communiqué à la section de législation du Tribunat, qui l'examina dans la séance du 19 vendémiaire an XI. Elle ne lui fit subir qu'une légère modification. Mais, après renvoi au Conseil d'Etat pour la rédaction définitive, l'article 27, devenu l'article 29 du nouveau projet, reçut, sous l'influence de Bigot-Préameneu, une rédaction toute différente : « La recherche de la paternité est interdite ; mais dans le cas d'enlèvement, lorsque l'époque de l'enlèvement se rapportera à celle de la conception, le ravisseur sera, sur la demande des parties intéressées, déclaré père de l'enfant ». 13 brumaire an XI. L'enlèvement donna lieu désormais à une véritable action en paternité. Mais aussi le cas de viol a été supprimé. A cette disposition singulière, l'influence napoléonienne n'a pas dû être étrangère. Dans cette même séance du 26 brumaire an X, où il prononçait la phrase devenue célèbre : « La Société n'a pas d'intérêt à ce que les bâtards soient reconnus », il avait dit aussi : « La loi doit punir l'individu coupable de viol ; mais elle ne doit pas aller plus loin ». Le mot d'ordre avait été donné. Le Tribunat, soigneusement épuré, ne manqua pas d'y obéir. Cf. Fenet, t. x, p. 77, 133, 134. — Locré, t. vi, p. 31, 119, 123.

(1) Parmi les auteurs, seul Valette a tenté une justification de l'exclusion du cas de viol. Cours de C. civ., t. i, p. 445.

(2) Guillier. Rapport au Sénat, 1908, n° 369, p. 22.

à examiner les conditions dans lesquelles ces faits d'enlèvement, de viol, de séquestration, d'attentat à la pudeur, etc... peuvent servir de fondement à une action en paternité.

La question la plus importante est assurément celle de savoir de quelle manière ces actes criminels doivent être prouvés et constatés. Le demandeur est admis à user de la façon la plus large de toutes les voies de droit ordinaires. Mais est-il nécessaire que les faits invoqués aient été l'objet d'une condamnation pénale ? Cette condition n'est en général pas exigée. Cependant l'ordonnance monégasque admet la solution contraire (1). Le Code civil suisse ne contient pas à cet égard de dispositions formelles. Mais les commentateurs qui définissent la notion du « crime » d'après la loi civile, ne jugent pas nécessaire que le défendeur ait été puni pénalement, ni même qu'une condamnation soit possible (2).

Cette question souleva des débats fort intéressants devant les Parlements français et belges. Il faut en voir la cause dans ce fait que la condition de la condamnation pénale avait été primitivement exigée par les auteurs des propositions de loi. Le projet français était ainsi rédigé : « ...Dans le cas d'enlèvement et de viol, lorsque l'époque « de l'enlèvement et du viol *régulièrement constatée*... » Ces derniers mots, assez obscurs, provoquèrent à la séance du Sénat du 14 juin 1910 une discussion quelque peu confuse. Sur la proposition de M. Jeanneney de supprimer l'expression « *régulièrement constatée* » et à la suite d'une intervention de M. Barthou, garde des sceaux, le rapporteur fut amené à s'expliquer sur le sens des termes employés dans le projet de loi. « Le viol ou l'enlèvement, dit-il, peuvent légitimer l'action en recherche « de paternité lorsqu'ils se sont produits à une époque « coïncidant avec l'époque légale de la conception. Ce

(1) Ordonnance monégasque, art. 232. 3° : « Si le prétendu a été « *condamné* du chef d'enlèvement, etc... ».

(2) Egger. *op. cit.*, ad. § 318. 2 b. — Eug. Curti. *op. cit.*, ad.

« rapprochement de date qui constitue un des éléments essentiels de l'action, doit être constaté : il faut une condamnation par le tribunal répressif » (1).

Ainsi, la réponse était nette. Mais elle souleva les protestations de l'assemblée. M. le garde des Sceaux Barthou, signala le cas intéressant d'un acquittement (2) prononcé par le jury qui absout l'inculpé à raison des circonstances de la cause, par exemple, son état de démence, d'irresponsabilité, alors que le fait du viol est parfaitement établi, peut-être même avoué (3). Si l'on exigeait une condamnation pénale, l'enfant ne pourrait pas actionner en paternité l'auteur certain du viol commis sur sa mère. Puis ce fut M. Vidal de Saint-Urbain, qui cita le cas de prescription de l'action criminelle ou correctionnelle. Enfin, M. Chaumié supposa celui où l'inculpé serait mort au cours de la poursuite. Frappé par ces hypothèses dans lesquelles l'exigence d'une condamnation par le tribunal répressif aurait pour résultat de mettre obstacle à l'exercice de l'action en recherche de paternité, le rapporteur renonça à la théorie qu'il avait soutenue (4). Le Sénat adopta le texte actuel où sont supprimés les mots « régulièrement constatée ». Cette solution était seule rationnelle, d'autant plus qu'on laisse au tribunal le soin d'apprécier tous les faits particuliers de chaque espèce, toutes les circonstances de la cause. Il n'y avait aucune raison de lui retirer un pouvoir d'appréciation qui lui était reconnu même sous l'empire de la règle si restrictive de l'article 340 ancien. En effet, les auteurs estimaient déjà que l'action civile était indépendante de l'action criminelle.

(1) Sénat français. Déb. *J. Off.*, 15 juin 1910, p. 1505.

(2) C'est le cas d'acquittement qui souleva le plus grand nombre de critiques, car on lui opposait l'autorité de la chose jugée. Voy. débats, Sénat 14 juin 1910, *J. Off.* du 15, pp. 1505, 1506. Même solution dans le C. C. S. — Eug. Curti. *op. cit.* ad § 318, 5.

(3) Dans le cas d'aveu, on peut également baser l'action sur le fait qu'il y a eu aveu non équivoque de paternité. Voy. Guillier, Sénat, *J. Off.*, 5 juin 1910, p. 1506, 3^e col.

(4) Voy. Guillier. Sénat, *J. Off.*, 17 juin 1910, p. 1519, 2^e col.

Elle pouvait être exercée sans qu'il y ait lieu à aucune poursuite contre le ravisseur. Bien plus même quand l'enlèvement tombait sous le coup des articles 354 et suivants du Code pénal, il n'était pas nécessaire que le fait du rapt ait été préalablement reconnu par la juridiction répressive (1).

La même solution a été consacrée par le législateur belge. En effet, de ce que les actes prévus par l'article 340 a sont identiques à ceux que réprime le Code pénal, il ne suit pas que la recevabilité de l'action en paternité fondée sur ces faits est subordonnée à la condition qu'une condamnation ait été prononcée par la juridiction criminelle contre l'auteur de l'attentat (2). Cependant, la Section centrale de la Chambre des Représentants avait admis dans son projet de loi la solution contraire : « 2° Si « le père prétendu a été condamné du chef d'enlèvement... » (3). Il s'engagea sur ce point de longs débats tant à la Chambre des Représentants qu'au Sénat, et l'on finit par renoncer à cette exigence. Les partisans de la condamnation pénale préalable étaient surtout dominés par la pensée de « mettre une réelle harmonie entre la loi « civile et la loi pénale ». Et puis, le seul moyen d'éviter de regrettables erreurs n'est-il pas d'examiner et de contrôler l'exactitude des faits allégués, dans le plus bref délai possible après les événements ? (4). A ces faibles arguments, on a parfaitement répondu que, si l'on maintenait cette opinion, on rendait les conditions de recevabilité de l'action plus rigoureuses qu'elles n'étaient sous

(1) Aubry et Rau, t. vi, § 569, note II. — Demolombe, t. v, n° 489. — Laurent, t. iv, n° 97. — Baudry et Cheneaux, t. III, n° 684. — Planiol, t. I, n° 1537. — Paris, 8 juillet 1821. S. 1821.2.185.

(2) Leclercq. *op. cit.*, n° 26, p. xxvii. — Galopin, n° 23, p. 23, 24. — Projet Laurent, art. 319, 10.

(3) Projet Mabille, art. 1^{er}, 2°. Dans le même sens projet Van Berchem et Le Jeune, art. 1^{er}, 2°. Janssens. Discours de rentrée, 1^{er} oct. 1903, p. 11.

(4) Van den Heuvel. Chambre 1906, n° 22, p. 25, n° 33 p. 35, n° 57, p. 57.

l'empire de l'ancien article 340. Loin de faciliter la recherche, on devenait plus sévère que Napoléon n'avait osé l'être. Semblable argument avait été produit au Sénat français (1). Au reste « réclamer une condamnation dans tous les cas d'enlèvement, c'est imposer à l'enfant une exigence inadmissible et souvent immorale » (2). En effet, quand l'enlèvement est commis sur une personne appartenant à une famille honorable, celle-ci hésite à porter plainte, de peur d'ébruiter l'affaire et de propager le scandale. Souvent aussi le séducteur prend soin, pendant les premières années, de la mère et de l'enfant ; puis, un jour, il les abandonne. Mais la prescription est acquise ; il ne craint plus les poursuites. Enfin n'est-il pas cruel de forcer l'enfant à requérir contre son père une condamnation infamante, à le déshonorer pour acquérir l'honneur de porter son nom de même, qu'en sens inverse « Ugo-
« lin devait manger ses fils pour leur conserver un
« père ? » (3 et 4).

La règle adoptée par les législateurs français, suisses et belges, outre qu'elle est plus humaine que la solution contraire, est également plus juridique, ou, du moins, remplit mieux le but de l'action en paternité. Sans doute, on peut soulever contre elle une objection qui paraît d'abord assez sérieuse (5). L'enfant n'est plus recevable à prouver l'infraction, dit-on, dès lors que les poursuites se sont terminées par un acquittement, car il y a autorité de chose jugée. Mais ce raisonnement ne vaut que dans la mesure où l'acquittement implique l'inexistence de

(1) Cf. Sénat franç. *J. off.* 15 juin 1910, Barthou, p. 1506. —
Chambre belge 1906. Carton de Wiart, p. 32, n° 31, 1^{re} col.

(2) Chambre belge 1906. Carton de Wiart, n° 57, p. 57, 1^{re} col.,
n° 31, p. 32.

(3) Rapport au Sénat belge, n° 105, p. 126, 127.

(4) Un nouvel effort de MM. Colaert et Woeste pour imposer
l'exigence de la condamnation échoua lors de la deuxième discus-
sion à la Chambre. 1907, n° 252, p. 230, n° 267, p. 234.

(5) Cf. Sénat franç. *J. Off.*, 15 juin 1910. Guillier, Chaumié, p. 1505,
1506.

la condition exigée pour que la recherche de la paternité soit admise, c'est-à-dire l'inexistence des faits matériels de viol ou d'enlèvement (1). Or, il arrive fort souvent que le fait du crime est parfaitement établi, que même l'accusé en fasse l'aveu ; mais, pour diverses raisons, l'irresponsabilité de l'auteur, son état de démence, son jeune âge, etc., le jury ou le tribunal acquitte. Malheureusement, le jury n'a pas besoin de motiver ses verdicts, et il sera parfois difficile de connaître les raisons de sa décision. Quoi qu'il en soit, les solutions données par les législations modernes sont conformes à l'esprit des lois sur la recherche de la paternité. En effet, l'action en paternité a un caractère purement civil. Il ne s'agit pas de punir le coupable, mais de constater un lien de filiation. Peu importe que le défendeur soit ou ne soit pas condamné par la loi pénale, qu'il ne soit pas reconnu responsable et coupable de l'acte sur lequel est fondée la demande. Le juge n'en a cure. Le seul fait qu'il lui faut retenir pour établir la filiation de l'enfant, c'est le fait matériel constitutif de l'infraction ou du crime. Il doit uniquement considérer s'il se dégage des circonstances de l'affaire une certitude assez grande pour qu'il puisse déclarer la paternité du défendeur. « Qu'il y ait eu condamnation ou acquittement, il n'y a lieu de retenir que le « fait de viol (ou d'enlèvement) dont la matérialité aura « été établie » (2). Il faut dire, avec l'éminent juriste belge, M. Galopin : « L'admissibilité de l'action n'est subordonnée « qu'à la preuve de la simple matérialité de l'infraction ; « la culpabilité de l'auteur de l'infraction est absolument « indifférente » (3).

(1) Voy. en ce sens Wahl, *loc. cit.* n° 18, p. 21. — Lavollée, *op. cit.* p. 82-83. — Brun, *op. cit.*, p. 64 et suiv. — J. de la Morandière, *Rev. trimestr.* 1910, p. 881. — Leclercq, *op. cit.*, n° 26, p. xxvii.

(2) Sénat franç. Guillier. Déb. parl. *J. Off.*, 17 juin 1910, p. 1519, 2^e col.

(3) Galopin, *op. cit.*, n° 23, p. 24.

Il résulte de la discussion précédente que le sort de l'action civile n'est pas lié à celui de l'action pénale. Ainsi, bien que cette dernière se trouve prescrite, l'action en paternité est parfaitement recevable. Cette solution, qui fut rapidement indiquée au Sénat français (1), provoqua en Belgique d'interminables discussions. Des séances entières furent consacrées à l'examen de cette question qui, pour employer le mot d'un orateur, paraît présenter un simple « intérêt académique » (2). D'éminents juristes, parmi lesquels il faut citer MM. de Sadeleer, Colaert, Wœste, Mechelynck, Franck, etc., s'appuyant sur le texte d'une loi du 17 avril 1878 sur la procédure pénale, prétendaient que les règles relatives à la prescription de l'action civile naissant d'une infraction, étaient applicables à l'action en recherche de paternité, qui était basée sur le fait d'un attentat commis par le défendeur sur la personne de la mère (3). En effet, il ressort des travaux préparatoires (4), que les auteurs de la loi de 1878 avaient cherché à empêcher qu'après la prescription de l'action publique on pût établir la preuve de l'infraction ; car, dans ces conditions, une telle action n'aurait qu'un but de chantage. Dès lors, une fois l'action publique prescrite, le demandeur ne pourrait plus fonder son action sur des faits d'enlèvement, de viol, etc..., car il ne serait plus autorisé à chercher à prouver la réalité de ces faits. MM. Renkin, ministre de la Justice, et Mabilley le savant professeur de l'Université de Louvain, employèrent leur science juridique et leur talent oratoire à ruiner l'argumentation de leurs adversaires. Ils commencèrent par faire une distinction fort juste, bien qu'un peu trop subtile. La loi de 1878, dirent-ils, prévoit une courte pres-

(1) Sénat franç. Vidal de Saint-Urbain. Déb. parl. *J. Off.*, 15 juin 1910, p. 1506.

(2) Chambre belge, 1908. Franck, n° 297 p. 244, 2° col.

(3) Cf. discussions à la Chambre des Représentants 1908, 2° discussion, n°s 286 à 299, p. 239 à 245.

(4) Nypels. *Commentaire du titre préliminaire du Code de proc. pénale*. Cf. autorités citées dans 2° rapport au Sénat, n° 307, pages 249-250.

cription des actions civiles résultant d'un crime ou d'un délit. Or, l'action de l'article 340 a n'est point fondée sur le crime de viol ou d'enlèvement, mais sur le fait des relations sexuelles, sur le fait de la génération. L'infraction ne sert pas de base à l'action ; elle n'est qu'une condition de recevabilité, d'admissibilité de l'action. La preuve en est qu'un homme condamné pour avoir violé une femme devenue mère, n'est pas nécessairement déclaré père de l'enfant ; il peut opposer avec succès l'*exceptio plurium* (1). On fit à ce raisonnement, peut-être avec raison, le reproche d'être un cercle vicieux et une pure argutie (2). Mais d'autres raisons plus décisives furent invoquées. M. Mabille s'appliqua à définir le sens de l'expression « action « civile » employée par la loi de 1878. Or, dans la langue juridique courante, l'action civile opposée à l'action pénale, ce n'est point toute action présentant un intérêt civil et relevant de ce fait de la juridiction civile ; c'est, d'une manière très précise, l'action qu'intente la victime en réparation du préjudice que lui a causé le crime ou le délit. Dans le cas spécial qui nous occupe, l'action civile dont parle l'article 21 de la loi de 1878, c'est celle que l'article 3 de cette même loi définit : l'action en réparation du dommage causé par une infraction (3). Mais l'action en paternité, en réclamation d'état, ne présente pas ce caractère : elle n'est pas une demande en dommages-intérêts, puisqu'elle est accordée à une personne qui n'a pu être lésée dans ses droits, car elle n'existait pas encore au moment où le délit a été commis. Il convient donc de distinguer soigneusement l'action civile en réparation du dommage causé par l'infraction, indépendante, d'ailleurs, de toute procréation d'enfant et l'action en recherche de paternité qui suppose nécessairement le fait de la génération (4). Par

(1) Chambre belge 1908, 2^e disc. Renkin n° 286, p. 239, 2. col., n°s 287-288, p. 240-241. — Sénat 2^e disc., 1908, n° 311, p. 251 à 256.

(2) Chambre belge, *eod loc.*, Woeste, Colaert.

(3) Chambre belge 1908. Mabille, n° 290, p. 242, 1^{re} col.

(4) Chambre belge, 1908. Hombursin, n° 294, p. 243, 2^e col.

suite, la loi de 1878 ne saurait s'appliquer à l'action de l'article 340 a, car celle-ci n'est point une action civile au sens de l'article 21 : elle peut donc être valablement intentée alors même que l'action publique est prescrite. Il est ainsi permis à l'enfant de prouver les faits délictueux dont s'est rendu coupable son prétendu père à une époque où celui-ci n'est plus susceptible d'être poursuivi par la juridiction répressive (1). C'est uniquement dans le cas où il s'agit de réclamer la réparation d'un dommage causé par un délit que la loi de 1878 s'oppose à ce qu'un demandeur cherche à prouver le fait du délit, une fois qu'est acquise la prescription de l'action pénale. L'action reste ouverte quand il s'agit de tous autres intérêts civils. Une solution identique est admise en matière de divorce : le demandeur est autorisé à prouver l'adultère de sa femme, malgré la prescription de l'action publique. Les auteurs s'accordent à déclarer que l'action soumise à la courte prescription, c'est uniquement l'action en dommages-intérêts qui a son fondement dans l'article 1382 du Code civil (2).

A cette argumentation pénétrante, M. de Sadeleer répondit que l'action civile n'est plus recevable dès que l'action publique est prescrite, quelle que soit la nature des intérêts en cause, car « l'ordre public s'oppose à ce qu'on constate « en justice des faits de crime ou de délit dont la répression n'est plus possible dans l'intérêt social » (3). Il faut avouer que cette interprétation large de la loi de 1878 ne

(1) On invoque également l'exemple de la loi du 30 mars 1891 qui permet à la victime d'un accident de poursuivre pendant trente ans l'auteur responsable, pourvu que l'action soit intentée avant l'expiration du délai de trois ans dans lequel se prescrit l'action publique. Renkin, n° 296, p. 244, 2° col. Mais l'argument semble plutôt contraire à la thèse au profit de laquelle il est produit. De Sadeleer, n° 297 bis, p. 245.

(2) Voy. Haüs. *Principes généraux du droit pénal*, 3° édit., t. II, n° 1440. — Thiry. *Cours de droit criminel*, 2° édit. n° 588. — Galopin. *Cours sur l'Etat et la capacité des personnes*, n° 553.

(3) De Sadeleer. Chambre belge 1908, n° 291, p. 242, 1° col. Cf. arrêt de Cassation *Pasicrisie* 1894. I. 132, cité par le 2° rapport au Sénat, n° 307, p. 250, 2° col.

laisse pas que d'être assez impressionnante. Au reste, il importe de remarquer que les Chambres ne se sont nettement prononcées, ni dans un sens, ni dans l'autre (1). Chacun des partis en présence s'est contenté de convier les tribunaux à adopter son opinion : ceux-ci restent d'ailleurs entièrement libres de décider si la loi de 1878 est applicable ou non à la matière (2). L'un des derniers documents législatifs, le deuxième rapport au Sénat qui est presque entièrement consacré à l'examen de cette question — ce qui est une nouvelle preuve de l'importance qu'elle a prise dans les débats — formule la conclusion suivante : « Dans
« l'espoir de mettre fin à toute controverse, la commission
« de la Justice tient à déclarer que, d'après son avis unanime, ce sont bien les dispositions de la loi du 17 avril
« 1878 et de la loi du 30 mars 1891, et non l'article 341 b du
« présent projet, qui doivent déterminer le délai dans
« lequel peuvent être utilement intentées les actions en
« recherche de paternité fondées sur l'existence des faits
« délictueux visés au 2° de l'article 340 a » (3). Ainsi, les auteurs de ce rapport exigent que l'action civile soit intentée avant que la prescription pénale ait été acquise : elle pourra alors être poursuivie pendant 30 ans (ce qui est une conséquence curieuse de ce système) ; sinon, elle est irrecevable. Mais c'est, dans le sens contraire, en faveur de l'opinion défendue par MM. Mabille et Renkin que se prononcent les commentateurs de la loi du 6 avril 1908 (4).

(1) Cette simple question faillit faire échouer la réforme entière de l'article 340. Toute la séance du 31 mars 1908 à la fin de laquelle la loi fut définitivement votée, fut consacrée à la discussion de cette question. Cf. débats Sénat. Renkin n° 311, p. 251, 255 et réplique Goblet d'Aviella, n° 311, p. 255, 256. Dans un but de conciliation, on avait même songé à réduire à cinq années après la naissance le délai dans lequel pourrait être intentée l'action en paternité basée sur l'un des faits prévus à l'article 340 a 2°. Voy. Vandervelde n° 282, p. 238, n° 299, p. 245.

(2) Voy. Sénat, 1908, n° 307, p. 249.

(3) 2° rapport au Sénat, 1908, n° 307, p. 250, 2° col.

(4) Leclercq, *op. cit.*, n° 18, p. xxiii et xxiv. Galopin, n° 34, p. 29.



Il ne suffit pas qu'il y ait eu un acte criminel commis sur la personne de la mère pour permettre d'intenter l'action en paternité ; il faut encore que l'époque à laquelle l'enlèvement ou le viol ont eu lieu corresponde à l'époque de la conception. En effet, la présomption de paternité fondée sur ces faits délictueux n'a de valeur que si, d'après le rapprochement de la date de l'attentat et de l'époque probable de la conception, il paraît possible que l'auteur de l'acte criminel soit le père de l'enfant. Toutes les législations réclament expressément ou implicitement cette condition (1).

Mais que faut-il entendre par ces mots « époque de la « conception » ? On sait qu'en matière de filiation légitime, la date de la conception est présumée avoir eu lieu entre le 180^e et le 300^e jour avant la naissance ; certaines législations ont admis d'autres chiffres ; mais le principe est le même. Il convient de se demander si cette présomption est applicable à la filiation illégitime. Les lois française, belge et portugaise répondent dans le sens de l'affirmative. Cette solution ne saurait faire de doute en Belgique et au Portugal où elle est formellement exprimée par les textes (2). Elle ne paraît pas dès l'abord avoir été consacrée par la loi du 16 novembre 1912. Le 1^o de l'article premier est ainsi rédigé : «...lorsque l'époque de l'enlèvement ou du viol se rapportera à celle de la conception ». L'expression est vague et imprécise. Mais l'examen des travaux préparatoires nous révèle la pensée du

(1) Cf. loi française, 16 novembre 1912, art. 1-1^o. Loi belge du 6 avril 1908, art. 340 a 2^o. Projet Laurent, art. 319 1^o. Projet Van Berchem, art. 1 2^o. Ord. monégasque, art. 236 3^o. C. civ. italien, art. 189. Projet Scialoja. C. civ. portugais, art. 130 3^o.

(2) Loi belge, art. 340 a. Contra Proj. Laurent. Van Berchem. Cf. Galopin, n^o 23, p. 23. Cf. Van den Heuvel, Chambre 1906, n^o 57, p. 57, 2^e col. — C. civ. portugais, art. 130 3^o : « Si l'époque de la « conception déterminée suivant l'art. 101 (analogue à l'art. 312, « C. Napoléon) coïncide avec celle du fait délictueux ».

législateur. Le texte proposé par la commission et ratifié d'ailleurs par le vote du Sénat en première lecture, contenait ces mots : « lorsque l'époque de l'enlèvement ou du « viol coïncide avec l'époque légale de conception ». Puis lors de la deuxième délibération le rapporteur annonça qu'il proposait de substituer à la première formule cette autre expression plus concise « se rapportera à celle de la « conception » (1). On pourrait conclure de ce fait que le législateur a voulu soustraire la matière de la filiation naturelle à la présomption limitative de l'article 312 du C. civ. et permettre au demandeur de prouver à sa guise la date de la conception. Mais il n'en est rien : ce changement n'entraîne pas les conséquences qu'il paraît tout d'abord produire. Il n'y a là qu'une question de mots. En premier lieu, le rapporteur a visiblement voulu conserver la rédaction même de l'ancien article 340 : « Ce sont les termes dont les rédacteurs du Code civil se « sont servis dans le même article » (2). De plus, il a formellement déclaré qu'il entendait se référer au système du Code civil. En effet, M. Félix Martin (3) avait déposé un contre-projet qui contenait plusieurs modifications. Au nombre de celles-ci figurait la substitution d'une expertise médicale à la présomption du Code. Le projet fut d'ailleurs retiré (4). Mais M. Guillier avait par avance rejeté expressément le système de M. Martin : « Outre la « nécessité où l'on serait d'étendre cette modification à la « filiation légitime, disait-il, il faut remarquer que le système en vigueur dans l'ancienne législation avait été « repoussé par les rédacteurs du Code civil justement à « raison des inconvénients qu'il a révélés... Nous sommes « donc partisans du maintien de la présomption légale « du Code civil » (5). La déclaration ne pouvait être plus nette.

(1-2) Guillier. Sénat, Déb. J. Off., 11 nov. 1910, p. 1720, 3^e col.

(3) F. Martin, Sénat. Déb. J. Off., 11 nov. 1910, p. 1727.

(4) Sénat. Déb. J. Off., 12 nov. 1910, p. 1731, 3^e col.

(5) Guillier. Sénat. Déb. J. Off., 11 nov. 1910, p. 1721, 3^e col.

Au reste, l'expression « période légale de la conception » a été conservée au n° 4 (concubinage) de l'article premier. D'ailleurs, sous l'empire de l'ancien article 340, à l'esprit duquel le législateur de 1912 a entendu rester fidèle, la même solution était généralement admise par les auteurs (1). Il y avait cependant quelques dissidences (2). Aujourd'hui à la suite des débats parlementaires, la question est vidée (3).

On ne peut que regretter l'application d'une présomption légale de durée de grossesse à la matière de la filiation illégitime, spécialement en cas de viol ou d'enlèvement. Les considérations sociales qui ont inspiré le système adopté par les législations pour ce qui est de la filiation légitime font ici défaut. De plus, le point de départ du délai, certain quand il y a mariage, est indéterminé et difficilement déterminable, quand il s'agit de filiation naturelle. Enfin les cas de grossesse prolongée sont moins rares qu'on ne le croit généralement. En particulier, la victime d'un viol ou d'un enlèvement se trouve dans certaines conditions susceptibles de rendre la naissance tardive. « L'évanouissement, la prostration, l'effet du narcotique qui a pu servir, dit M. Félix Martin, à perpétrer le crime, peuvent retarder de plusieurs jours ce que l'on peut appeler la mise en train de la grossesse. Le chagrin, la peur, le désespoir d'être enceinte, l'anémie et la débilité consécutives, le confinement à la maison et le repos constant qu'il entraîne influenceront certainement sur la durée de la grossesse » (4). Il nous eût donc paru préférable, dans ces cas où la découverte de la vérité dépend essentiellement de l'examen des faits et des circonstances de la cause, de laisser aux tribunaux le soin de

(1) Aubry et Rau, t. VI, § 569, note 13. — Marcadé, art. 390, n° 2. — Demante, t. II, 69 *bis* 8. — Toullier, t. II, n° 941. — Demolombe, t. V, n° 493. — Baudry et Cheneaux, t. III, n° 685.

(2) Laurent, t. IV, n° 98. — Huc, t. III, n° 88. — Planiol, t. I, n° 1534.

(3) Wahl, *op. cit.*, n° 21, p. 23. — Lavollée, *op. cit.*, n. 83. — Brun, *op. cit.*, p. 68.

(4) F. Martin. Sénat. Déb. J. Off., 11 nov. 1910, p. 1728, 2° col.

fixer librement pour chaque espèce l'époque probable de la conception.



Telles sont les questions les plus importantes que soulève l'autorisation de la recherche de la paternité dans le cas où un acte criminel a été commis sur la personne de la mère. Il convient cependant de signaler encore quelques détails secondaires, mais intéressants.

Ainsi, au cours des débats au Sénat français, M. Julien Goujon proposa un problème délicat dont la solution a d'ailleurs une portée générale (1). Il imagina le cas d'un mineur de dix-huit ans qui est reconnu coupable du fait matériel de viol, mais qui est acquitté comme ayant agi sans discernement. Une action en recherche de paternité peut-elle être dirigée contre lui ? La réponse à cette question est double ; nous avons déjà traité la difficulté relative à l'acquittement. Mais on peut aussi se demander s'il faut admettre qu'un homme puisse être capable de procréer avant d'avoir atteint l'âge de dix-huit ans qui est, d'après le Code civil, l'âge nubile de l'homme. En termes juridiques, il s'agit de décider si l'on doit faire application à la matière de la filiation illégitime de la présomption légale de l'article 144 du Code civil. « L'homme avant « dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans ne « peuvent contracter mariage ». Cela revient à dire qu'ils ne peuvent remplir le but social du mariage, qui est la procréation des enfants. Le rapporteur ne répondit pas directement à la question, mais tout en rappelant la solution adoptée au cas d'acquittement du prévenu, il déclara implicitement que le mineur pouvait être poursuivi malgré son jeune âge. Il dit d'ailleurs en termes plus nets : « Du moment que le fait matériel de viol a été établi — et « c'est le seul point à retenir — ce crime engage la res- « ponsabilité civile de l'homme, même mineur de dix-

(1) J. Goujon. Sénat. Déb. *J. Off.*, 17 juin 1910, p. 1517 1^{re} col.

« huit ans. Son âge ne lui fait pas perdre la qualité de « père et celle-ci justifie l'action dirigée contre lui » (1). Cette solution nous paraît équitable (2) beaucoup plus juste que la solution contraire qui a été admise relativement à la présomption de l'art. 312 du Code civil. Les règles qui régissent la filiation naturelle ne sauraient être les mêmes que celles qui concernent la filiation légitime. L'article 144 ne se justifie que par des considérations sociales spéciales au mariage. Il est d'ailleurs écrit, au titre « Du Mariage ». Il est possible de faire un rapprochement intéressant entre notre cas et celui de reconnaissance volontaire. Dans cette dernière hypothèse, la reconnaissance est possible de la part d'un mineur sans aucune limite d'âge (3) ; les tribunaux, considérant que c'est là une question de fait, refusent généralement d'annuler des reconnaissances d'enfant naturel attaquées pour ce motif que l'auteur de la reconnaissance était, au moment de la conception, trop jeune pour procréer (4). Ainsi le Code a voulu, pour des raisons d'ordre et d'utilité sociales, enfermer la nature dans d'étroites limites, mais celle-ci enfreint parfois les règles légales. L'article 145 ne prévoit-il pas expressément ces infractions ? D'ailleurs, nous sommes ici en matière de filiation naturelle, et il est bien juste que la nature y ait

(1) Guillier. Sénat. Déb. *J. Off.*, 17 juin 1910, p. 1519, 2^e col.

(2) Contra Viviani. Rapport Chambre 1900. S. E. n° 2078, p. 21.

(3) Cf. Demolombe, t. V, p. 441.... « Il ne serait pas toutefois « nécessaire que l'homme ait alors 18 ans et la femme 15 ans. « L'art. 144 n'est applicable qu'au mariage, et s'il exige alors l'âge « que nous venons de dire, c'est pour des motifs particuliers qui « ne se rencontrent nullement dans notre hypothèse. La question « de savoir si l'homme ou la femme, qui a reconnu un enfant, était « ou non pubère, n'est donc qu'un point de fait à décider d'après « la constitution physique de la personne et toutes les autres circonstances. »

(4) Voy. Lille, 3 mars 1910. *Rec. jud. Nord*, 1910.2.60. « On ne « peut opposer à une reconnaissance d'enfant naturel le fait que « le père n'avait que 16 ans au moment de la conception, l'âge de « 18 ans pour le mariage des hommes n'ayant été fixé que pour « prévenir les mariages prématurés. »

tous ses droits. L'esprit dominant de la loi de 1912 et, en général de toutes les lois relatives à la recherche de la paternité, n'est-il pas de faire dépendre la solution de chaque espèce de la considération des circonstances de la cause et de l'examen des faits ? (1).

Il va sans dire que c'est contre l'auteur de l'attentat que doit être intentée l'action en recherche de paternité. Cette affirmation paraît un truisme. Cependant un éminent professeur avait réclamé son insertion dans la loi belge (2). Et un juriste d'une grande autorité, M. Leclercq, consacre, dans son commentaire, une longue page à démontrer cette trop évidente vérité (3). Il déclare inapplicable la disposition de l'article 66 du Code pénal qui considère comme auteur d'un crime ou d'un délit, non seulement celui qui l'a exécuté personnellement, mais tous ceux qui ont prêté pour l'exécution, une assistance telle que l'infraction n'eût pu être commise. L'auteur de l'attentat, en droit civil, n'est donc pas celui qui a participé à l'attentat, mais le bénéficiaire de l'acte, son auteur, au sens vulgaire du mot. Le commentateur paraît presque s'étonner que le législateur n'ait point songé à la définition de l'article 66 du Code pénal. Certes, il eût été au moins surprenant qu'on pût actionner en paternité le chauffeur d'automobile qui, de concert avec son maître, n'a fait que conduire la voiture dans laquelle la femme a été introduite de force et enlevée. Les esprits juridiques ont parfois de ces trouvailles heureuses !

On a remarqué plus utilement que l'action de l'enfant étant basée sur le fait d'un attentat commis contre sa mère, il faut supposer que la filiation maternelle a été préalablement établie. Elle est, en ce cas, la condition essentielle de l'intentement et du succès de l'action en paternité (4).

(1) Barthou, Sénat. Déb. J. Off., 15 juin 1910, p. 1506.

(2) Mabille. Chambre belge 1906, n° 254, p. 231, 1^{re} col.

(3) Leclercq, *op. cit.*, n° 10, p. xix et xx. Cf. Galopin, *op. cit.*, n° 23, p. 23.

(4) Leclercq, *op. cit.*, n° 9, p. xix.

Il importe peu que la femme qui aura été victime de l'acte criminel soit majeure ou mineure ; les lois ne distinguent pas à cet égard (1).

Enfin, il est bien certain que la preuve de l'acte criminel n'entraîne contre l'auteur qu'une *probabilité* de paternité. C'est d'ailleurs un principe qui domine tout ce sujet. Ainsi le juge reste libre d'exiger du demandeur un complément de preuve, même si la matérialité de l'acte criminel est manifestement établie. C'est là une question de fait. D'une manière générale, il ne faut pas oublier que les hypothèses dans lesquelles les législations autorisent la recherche de la paternité ne sont que des cas d'admissibilité de l'action et qu'elles restent soumises à la libre critique, à la souveraine appréciation des tribunaux (2).

En ce sens les lois nouvelles n'ont pas aggravé les conditions de l'action en paternité, telles qu'elles étaient réglées par l'ancien article 340. En effet, ce texte était ainsi conçu : « Le ravisseur pourra être déclaré père de l'enfant. » La rédaction de cette phrase avait même donné lieu à une discussion importante au Conseil d'Etat. Le projet présenté par Bigot-Préameneu (art. 29) contenait ces termes : « Le ravisseur sera déclaré... ». Mais Cambacérès rappela que dans la conférence avec le Tribunat on avait résolu de rendre la déclaration de paternité, non point obligatoire, mais facultative. Cet avis, soutenu par Portalis et Tronchet, prévalut contre les objections de Treilhard, Thibeaudeau, Berlier et Malleville. Ainsi donc, les tribunaux n'étaient jamais contraints de prononcer la paternité d'un homme, même lorsque la preuve de l'enlèvement était bien établie (3). En particulier, la déclaration de paternité ne pouvait être prononcée, quand le

(1) Aubry et Rau, t. VI, § 569, note 2. — Laurent, t. IV, n° 97. — Baudry-Lacantinerie et Cheneaux, n° 684. — Planiol, t. I, n° 1533. — Leclercq et Galopin, *loc. cit.* Cf. art. 318 C. c. suisse.

(2) Cf. Barthou. Sénat. Déb. *J. Off.*, 15 juin 1910, p. 1506. — Guillier. Rapport au Sénat 1908, n° 369, p. 22. — Leclercq, *op. cit.*, n° 9, p. XIX.

(3) Fenet, t. X, p. 133-134.

défendeur rapportait la preuve des faits prévus par les lois récentes, à titre d'exceptions ou de fins de non-recevoir (1).

Cependant on ne saurait nier que, dans les pays qui avaient admis le principe de l'interdiction de la recherche de la paternité dans les termes de l'article 340, les conditions d'exercice de l'action, dans le seul cas où elle était permise, ont été indirectement aggravées dans une mesure plus ou moins grande par les réformes récentes. C'est là une conséquence bien curieuse, si l'on songe que les lois nouvelles ont précisément pour but d'autoriser et de faciliter la recherche de la paternité. Les principales aggravations consistent dans la nécessité d'intenter l'action dans un délai généralement bref, dans la création de moyens de défense puissants, tels que des fins de non-recevoir, enfin dans la menace de pénalités graves contre les demandeurs de mauvaise foi. Il convient, d'ailleurs, de remarquer que c'est la loi française qui apporte sur ce point les restrictions les plus nombreuses et les plus sévères.

(1) Baudry-Lacantinerie, p. 644. — Laurent, t. IV, n° 94. — Planiol, t. I, n. 1536.

CHAPITRE II

LA PREUVE PAR LA POSSESSION D'ÉTAT D'ENFANT NATUREL.

« De toutes les preuves qui assurent l'état des hommes, « disait le célèbre Cochin, la plus solide et la moins douteuse est la possession publique. L'état n'est autre chose « que la place que chacun tient dans la société générale « et dans les familles, et quelle preuve plus décisive peut « fixer cette place que la possession publique où l'on est « de l'occuper depuis qu'on existe. Les hommes ne se connaissent entre eux que par cette possession » (1).

Tandis que dans les cas de séduction, d'abus d'autorité, de concubinage, la paternité de l'amant peut être contestée, elle paraît être hors de doute quand l'enfant invoque la possession d'état. Lorsqu'un homme élève un enfant comme le sien, qu'il l'entoure de soins et d'affection, lorsqu'il le présente à la société comme étant son propre fils, lorsque, par son attitude de tous les instants, il fait l'aveu répété de sa paternité, se peut-il concevoir qu'un législateur interdise à l'enfant d'établir sa filiation, sous prétexte que la preuve en est impossible à rapporter ? Si l'on attache une valeur juridique à un acte de reconnaissance authentique, rédigé hâtivement et en secret, peut-on ne tenir aucun compte de cette reconnaissance tacite, mais répétée et publique, qui résulte de la possession d'état, qui dénote d'une volonté réfléchie, d'une intention sans défaillances, et qui est d'autant plus significative que pour accomplir son devoir le père a dû braver tous les blâmes et tous les préjugés ? La possession d'état est une véritable reconnaissance. Elle est la plus énergique, car elle se con-

(1) Cochin. Discours de Duveyrier au Corps législatif, le 2 germinal, an XI. Fenet, t. X, p. 224.

firme à tout moment ; elle est la plus éclatante, car elle est faite au grand jour ; elle est la plus puissante, car elle constitue une preuve complète de la filiation. Mais comment pourrait-on exprimer ces idées évidentes en des termes plus saisissants et plus éloquents que ceux par lesquels Demolombe, dans des pages magistrales, poursuivait entre la reconnaissance authentique et la possession d'état un rigoureux parallèle, qui est tout à l'avantage de cette dernière : « Le titre, disait-il, ne prouve pas l'iden-
 « tité ; la possession d'état la prouve nécessairement. Le
 « titre est l'ouvrage d'un moment, d'un aveu instantané
 « qui peut être le fruit de la surprise ou des obsessions ;
 « la possession d'état est une reconnaissance continue,
 « persévérante, de tous les jours, de tous les instants, et
 « offrant ainsi au plus haut point toutes les garanties pos-
 « sibles de liberté et de sincérité. Le titre est le plus sou-
 « vent ignoré, secret ; la possession d'état est une recon-
 « naissance publique, notoire, qui a pour témoins la fa-
 « mille, la Société tout entière... Pourquoi, lorsque le père
 « a reconnu l'enfant comme le sien, lorsque la famille, la
 « Société l'ont aussi reconnu comme tel, pourquoi la loi
 « toute seule ne voudrait-elle pas le reconnaître ? » (1).
 On sait, en effet, que le Code Napoléon n'a pas voulu étendre à la filiation illégitime la preuve résultant de la possession d'état, qu'il réservait à la seule filiation légitime. Dans le projet soumis en Brumaire an X aux délibérations du Conseil d'Etat, l'article 341 mentionnait comme preuve de la filiation naturelle maternelle, à côté du commencement de preuve par écrit, la possession constante de l'état de fils naturel (2). Portalis fit remarquer qu'« il était ab-
 « surde de présenter la possession d'état comme un sim-
 « ple commencement de preuve par écrit, puisque cette
 « sorte de possession est la plus naturelle et la plus com-
 « plète des preuves. Toutes les fois qu'on jouit de son état
 « constamment, publiquement et sans trouble, on a le

(1) Demolombe, *Traité de la paternité et de la filiation*, n° 480.

(2) Locré. *Législation de la France*, VI, p. 30.

« plus puissant de tous les titres. Des faits de possession
« isolés, passagers, peuvent n'être qu'un commencement
« de preuve ; mais il y a preuve entière, lorsqu'il y a
« possession constante » (1). Malgré cette énergique protestation, on élimina la preuve par la possession d'état. Celle-ci ne fut donc pas admise comme preuve de la filiation naturelle (2).

On sait également les efforts admirables, mais vains, que fit Demolombe pour démontrer que la possession d'état suffit pour établir la filiation naturelle, non seulement à l'égard de la mère, mais même à l'égard du père (3). La possession d'état, disait-il, est la plus parfaite de toutes les preuves. Son admission comme preuve de la filiation illégitime ne contredit pas le principe de l'article 340. Car elle ne donne pas lieu à une véritable recherche de paternité. Il n'y a recherche que s'il y a défaut de possession. Mais quand il y a possession, il n'y a pas besoin de preuves ; la filiation est connue de tous. Bref, on ne recherche pas ce que l'on possède. Ainsi la loi du 12 Brumaire an II admettait la preuve de la paternité naturelle, bien qu'elle défendît, par ailleurs, la recherche de la paternité.

Malgré le talent avec lequel cette thèse fut soutenue, malgré certaines adhésions d'une partie de la doctrine (4), elle fut généralement repoussée par les auteurs (5) et n'eut

(1) Fenet, *op. cit.*, t. X, p. 79. Cf. sur le véritable sens des paroles de Portalis. Baret, *Histoire critique des règles sur la preuve de la filiation naturelle*, p. 109-114.

(2) Fenet, *op. cit.*, t. X, p. 155.

(3) Demolombe. *Revue de législation et de jurisprudence*, t. I, p. 427. *Traité de droit civil*, t. V, n° 480.

(4) Valette, sur Proudhon, t. II, p. 150. *Cours de C. civ.*, t. I, p. 450 seq. — Merville. *Revue de droit français et étranger*, 1845 p. 889. — Hérold. *Revue pratique*, 1856.6.I. p. 204. — Lafontaine. *Revue critique* 1860, t. XVII, p. 97. — Mourlon. *Commentaire sur le Code Napoléon*, n° 973, p. 495 seq.

(5) Marcadé, art. 342. — Demante, t. II, n° 67 bis. — Huc, t. III, n° 83-86. — Toullier, n° 970. — Laurent, t. IV, n° 13 et 16. — Baudry et Chéneaux, t. III, n° 706. — Aubry et Rau, t. VI, § 569, note 2 et § 570, p. 200, note 7, 8, 9.

aucun succès en jurisprudence (1). Elle entraîna même cette conséquence regrettable et contraire à son but, de mettre fin à la jurisprudence primitive qui admettait la possession d'état au moins comme preuve de la filiation naturelle maternelle (2).

Nous ne pouvons nous attarder à l'examen doctrinal de cette question. Mais si l'opinion de Demolombe était fausse au point de vue de l'histoire et du droit positif, elle était profondément vraie au point de vue rationnel et législatif. Voici le jugement que portait sur elle le grand jurisconsulte belge Laurent, dont la méthode d'interprétation est diamétralement opposée à celle de Demolombe : « Les arguments que M. Demolombe fait valoir sont excellents, disait-il, mais ils s'adressent tous au législateur ; nous croyons, avec lui, que la possession d'état est une espèce de reconnaissance que le père fait de l'enfant qu'il élève, qu'il présente comme sien dans la famille, dans la société » (3).

De toutes parts les protestations s'élevaient contre l'iniquité légale du Code civil (4). Les débats qui se dérou-

(1) Cass. 17 février 1851. D. 51.1.113. Cass. 16 déc. 1861. D. 62.1.29. Cass. 3 avril 1872. D. 72.1.113. Paris 2 août 1876. S. 79.2.250. Toulouse 12 février 1884. D. 85.2.227. Paris 11 juin 1891. D. 92.2.533. Cass. 28 juillet 1896. D. 97.1.97. Liège 23 janvier 1901. *Pand. belg.* 1901.2.191. Alger 7 avril 1908. D. 1908.2.200.

(2) Auteurs admettant la possession d'état comme preuve de la filiation naturelle maternelle : Delvincourt, t. I, p. 90. — Duranton, t. III, n° 238. — Proudhon, t. II, p. 143. — Bonnier, *Traité des preuves*, t. I, p. 216 seq. En ce sens : Bastia, 17 déc. 1834. S. 35.2.525. Cass. 10 fév. 1847. D. 47.1.49. En 1851, la Cour de cassation se déjugeait. Le changement s'est donc produit vers 1850. Cf. Planiol, t. I, n° 1545.

(3) Laurent, t. IV, p. 34.

(4) Voy. Bonnier, *Traité des preuves*, p. 271. — Amiable. *De la preuve de la paternité hors mariage*, p. 144. — St-Berge. *Rev. génér. de droit et jurisprudence*, 1878, t. II, p. 430. — Fauvelle. *De la possession d'état et de sa force probante en matière de filiation*. Thèse Paris, 1883. — Pouzol, *op. cit.*, p. 271 seq. — Galopin, *op. cit.*, n° 2, p. 12.

Voy. le célèbre jugement du tribunal de Château-Thierry, rendu par le président Magnaud, le 23 nov. 1898. *Gaz. Trib.* 2 déc. 1898.

lèrent au Sénat en 1883 sur un projet de loi relatif à la recherche de la paternité, contiennent plus d'un plaidoyer vibrant en faveur de la thèse de Demolombe (1). Mais les idées vraies ne restent pas infécondes ; par leur participation à la vérité et à la justice, elles renferment en elles une puissance irrésistible qui les impose, tôt ou tard, à l'esprit des hommes. C'est ainsi qu'aujourd'hui toutes les législations qui n'autorisent la recherche de la paternité que dans des hypothèses limitativement énumérées l'admettent avant tout et surtout dans le cas de possession d'état (2) ; et ainsi, elles consacrent le succès éclatant des efforts généreux de notre grand jurisconsulte. Il convient de remarquer tout spécialement la solution de la loi belge qui n'accorde à l'enfant l'exercice de l'action en paternité avec conséquences d'état que dans les deux seuls cas d'acte criminel sur la personne de la mère et de possession d'état. La commission du Sénat ne prévoyait même que cette dernière hypothèse (3), justifiant ainsi les paroles de M. de la Grasserie : « Si nous avions à proposer un système de tran-
« saction, un système mixte, nous demanderions comme
« minimum de justice l'admission de la reconnaissance
« mixte, de celle par la possession d'état, et ce ne serait
« même pas, à proprement parler, admettre la recherche
« de la paternité, car la paternité est toute trouvée et
« prouvée, et il ne reste plus à la justice qu'à la déclarer
« et la sanctionner » (4). Enfin, il eût été illogique que les

(1) Sénat. Déb. parl. 1883, p. 1435, 1442, etc. Voy. les discours de MM. Béranger, Naquet, de Pressensé.

(2) Loi française, 16 nov. 1912, art. 1. 5°. Loi belge du 6 avril 1908, art. 340 a 1°. Ordonnance monégasque, art. 236 2°. Code sarde, art. 185 (suite de soins donnés à l'enfant à titre de père). C. civ. espagnol, art. 135. 2°. C. civ. portugais, art. 130 2°. Code c. du Mexique, 20 déc. 1870. Cf. Projet Gianturco, art. 1 3° Projet Scialoja, art. 1 3°. L'ancien droit toscan désignait cette preuve par la formule : « l'opinione en coscienza del supposto padre ». Le C. c. suisse ne mentionne pas ce cas de recherche de la paternité, car la notion de possession d'état lui est totalement étrangère.

(3) Cf. projet du Sénat. Doc. publ. Leclercq, n° 119, p. 134.

(4) De La Grasserie, *op. cit.*, p. 146.

législations accordassent une valeur juridique à un aveu contenu dans une lettre, peut-être écrite dans un moment de passion, et ne tinssent pas compte de la possession d'état qui est une reconnaissance continue, qui se compose d'une série d'aveux !



Mais il est évident qu'on ne saurait étendre à la filiation naturelle la preuve par la possession d'état, telle qu'elle est définie en matière de filiation légitime. L'article 321 du Code civil exige, en effet, pour qu'il y ait possession d'état d'enfant légitime « que l'individu ait toujours « porté le nom du père auquel il prétend appartenir ; que « le père l'ait traité comme son enfant et ait pourvu, en « cette qualité, à son éducation, à son entretien et à son « établissement ; qu'il ait été reconnu constamment pour « tel dans la société ; qu'il ait été reconnu pour tel par la « famille ». Bien que cette énumération soit purement exemplative (1), il apparaît dès l'abord qu'elle ne saurait s'appliquer intégralement à l'enfant naturel. Ainsi, on ne peut demander à l'enfant naturel, sans lui rendre l'action impraticable, de prouver qu'il a été reconnu pour tel par la famille de son père ou de justifier de la possession d'état tant vis-à-vis de son père que vis-à-vis de sa mère. Comprenant la singularité de la situation, le législateur français a rédigé son texte de la façon suivante : « 5° Dans le cas où le père a pourvu ou participé « à l'entretien et à l'éducation de l'enfant en qualité de « père ». Il ne retient donc que certains des faits relevés dans l'article 321. Cependant les rapporteurs affirment leur intention d'avoir voulu viser, par ce texte, la preuve par la possession d'état, mais une possession d'état spéciale à l'enfant naturel, conforme à sa condition (2). Dans son projet de revision du Code civil, Laurent avait par fai-

(1) Cf. paroles de Duveyrier. Fenet. t. X, p. 225.

(2) Voy. Rapport au Sénat, 1908, p. 32-33. Rapport à la Chambre, 1911, p. 38.

tement compris la nécessité de définir la possession d'état d'enfant naturel ; elle consistait selon lui dans « une réunion suffisante de faits qui indiquent un rapport certain de filiation entre l'enfant et les personnes dont il se prétend issu » (1). Par contre, la loi belge et l'ordonnance monégasque se contentent de renvoyer aux articles de leurs Codes respectifs où il est question de la possession d'état d'enfant légitime (2). De là des incertitudes et des controverses.

Ainsi le rapport au Sénat déclare que la possession d'état lui paraît présenter sur la reconnaissance authentique « l'avantage d'impliquer au moins l'adhésion tacite de la « famille du père » (3). Or, peut-on raisonnablement demander à un enfant naturel qu'il rapporte la preuve qu'il a été reconnu comme tel par la famille de son père, par une famille dont il est la honte et qui le considère comme un intrus ? Ce serait rendre son action illusoire. Il a vécu hors la famille, comme il fut longtemps hors la loi. Le propre de l'enfant illégitime, c'est précisément d'être l'enfant sans famille. Il faut donc décider qu'en matière de parenté naturelle, c'est seulement l'existence de la filiation entre le père et l'enfant qui doit être pris en considération par le juge (4). Puisque l'effet de l'action se limite à la constatation d'un lien de filiation entre le père seul et l'enfant naturel qui reste totalement étranger à la famille de son auteur, il importe peu que celle-ci lui ait témoigné de l'affection ou de la haine.

De même on ne saurait exiger de l'enfant naturel qu'il justifiât comme l'enfant légitime d'une *double* possession

(1) Projet Laurent, art. 309.

(2) Art. 321. C. Nap.; art. 217, Ord. monégasque; art. 115. C. portug.; art. 172 (projet Gianturco).

(3) Rapp. au Sénat belge, 1907 ; n° 96, I, p. 121, 1^{re} col.

(4) Rapp. au Sénat français 1908, p. 33. Rapp. à la Chambre, 1911, p. 39. — Brun, *op. cit.*, p. 95. — Leclercq, *op. cit.*, n° 4, p. XVI. — Galopin, *op. cit.*, n° 22, p. 23. — Cf. Gand, 19 juillet 1912. *Pas.* 1912.2.269. Bruxelles, 25 avril 1910. *Pas.* 1910.3.379. Tournai, 7 juin 1909. *Pas.* 1909.3.404.

d'état tant à l'égard de sa mère qu'à l'égard de son père. Imposer à l'enfant l'obligation de faire cette double preuve, c'est lui demander l'impossible (1). Il suffit donc qu'il établisse la réalité des relations qui le lient au défendeur, à son père, puisque c'est envers celui-ci seulement que sa filiation sera constatée (2). En effet, il est admis que l'aveu tacite de paternité, que suppose le fait de traiter un enfant comme le sien peut exister de même que la reconnaissance formelle sans que la filiation maternelle soit prouvée (3).

Il n'est pas non plus nécessaire que l'enfant porte le *nom* de son père. Cette solution est du moins certaine dans la loi française. En effet, le projet de la commission du Sénat exigeait cette condition du nom (4). Elle fut vivement combattue par M. Bérenger. On comprend qu'elle soit imposée à l'enfant légitime, le nom étant en quelque sorte le signe extérieur de la filiation légitime. Mais combien y a-t-il d'hommes qui, tout en fournissant les subsides nécessaires à la vie de leur enfant naturel refusent, pour des raisons de famille ou de convenances mondaines, de faire cet aveu suprême, ce sacrifice pénible qui consiste à lui donner leur nom ! » Il ne manque pas de père, disait M. Bérenger « qui tout en acceptant de remplir les devoirs « les plus essentiels vis-à-vis d'un enfant naturel, n'ont « pas le courage de lui faire porter leur nom » (5). Cette crainte est confirmée par une expérience journalière. L'honorable sénateur en détachait cet exemple saisissant : « Un père prétendu a placé son enfant dans une maison « d'éducation, il n'a nullement caché sa paternité, il a « même pu l'avouer, et il a, pendant des années, non seulement payé les frais de la pension, mais pourvu à tous « les besoins de l'enfant. Mais il ne lui a pas laissé porter

(1) Bérenger. Sénat, Déb. parl. 9 déc. 1883, p. 1434, 3^e col.

(2) De Gavardie. Sénat. Déb. parl. 11 déc. 1883, p. 1446, 1^{re} col.

(3) Leclercq, *op. cit.*, n° 5, p. xvii. Galopin, *op. cit.*, n° 22, p. 23. Van den Heuvel, Chambre, n° 22, p. 24.

(4) Voy. Rapport au Sénat, Guillier, 1908, p. 33-34.

(5) Sénat. Déb. parl. *J. Off.*, 12 nov. 1910, p. 1732, 1^{re} col.

« son nom. Si ces mots « portant son nom » étaient maintenus, tout cela serait insuffisant, il n'y aurait pas possession d'état ». Le rapporteur se déclara convaincu par les raisons de M. Bérenger, et le Sénat adopta le texte actuel (1) qui a substitué aux mots « portant son nom » l'expression plus large « en qualité de père », que nous essaierons bientôt de préciser.

Il résulte de ces développements cette conséquence curieuse que la preuve de la filiation par la possession d'état est plus facile pour les enfants naturels que pour les enfants légitimes. Cette situation a paru, à certains, choquante et inadmissible. Elle est cependant inévitable, car elle découle de la différence même qui distingue la légitimité de l'illégitimité. La filiation légitime suppose un rapport double de parenté. L'enfant est membre de la famille de son père ; il est donc nécessaire qu'il soit reconnu par le groupe et qu'il porte le nom patronymique. Au contraire la filiation naturelle est une filiation imparfaite, fragmentaire ; son caractère distinctif est précisément d'exclure tout rapport de famille. Son essence est d'être clandestine et secrète. On ne saurait donc faire abstraction de ces différences et exiger dans ces deux cas si dissemblables l'existence des mêmes faits constitutifs de possession d'état. Comme le dit fort bien Amiable : « Lorsque l'enfant naturel invoquera la possession, il ne sera pas traité « plus favorablement que l'enfant légitime, mais autrement » (2). Et M. Leclercq nous dit, non moins justement : « L'article 340 *a* n'a pas fait la distinction parce « qu'elle résulte de la portée *différente* de l'action en réclamation de légitime et de l'action en réclamation de « filiation naturelle » (3). Mais il va sans dire que si l'on n'a pas exigé la preuve des faits constitutifs de la possession d'état d'enfant légitime, on ne peut, du moins,

(1) Sénat. Déb. parl. *J. Off.*, 12 nov. 1910, p. 1735.

(2) Amiable, *op. cit.*, p. 144.

(3) Leclercq, *op. cit.* n° 4, p. xvi. Voy. Van den Heuvel, *Chambre*, 1906, n° 22, p. 24, 2° col.

refuser toute valeur à ces faits, quand ils sont invoqués et établis par l'enfant naturel. Cependant cette solution ne peut être acceptée en France que sous toutes réserves. Il est certain que la loi du 16 novembre 1912, adaptant l'article 321 à la filiation naturelle, a fait choix de deux faits qui lui ont paru particulièrement significatifs : l'entretien et l'éducation de l'enfant. Elle ne mentionne pas les autres circonstances de l'article 321 : celles-ci ne semblent donc pouvoir être invoquées qu'à titre complémentaire, à l'appui de la preuve de l'entretien et de l'éducation. Il y a là un vice regrettable de rédaction de la loi française.

Ayant ainsi défini d'une manière négative la possession d'état d'enfant naturel en insistant sur les conditions auxquelles elle n'est point soumise, il nous faut maintenant rechercher et déterminer d'une façon *positive*, ses caractères et ses éléments.

Il est fort difficile de dire exactement quels sont les actes considérés comme constitutifs de la possession d'état. Ce sont, d'une manière générale, tous les faits qui indiquent un rapport de filiation entre un individu et la personne dont il se prétend issu.

D'ailleurs l'énumération de l'article 321, relatif à la filiation légitime, est purement indicative ; il résulte très nettement des travaux préparatoires du Code civil que le législateur a voulu seulement donner quelques exemples. « Tout ce qu'on peut exiger de l'enfant pour le rattacher « à son père, c'est que celui-ci ait personnellement, et dans « des conditions non équivoques, accompli des actes impliquant un aveu tacite de paternité » (1). Ces paroles du rapporteur au Sénat français sont fort sages ; mais sont-elles bien conformes à l'esprit de la loi du 16 novembre 1912 ? Peut-on proposer d'établir l'existence de n'importe quel acte, ou ne faut-il pas au contraire prouver, selon le texte de la loi, les faits précis de participation à l'entretien et à l'éducation ? L'énumération de la loi est-elle exemplative ou, au contraire, est-elle limitative ? Si

(1) Rapport au Sénat français, 1908, n° 369, p. 33.

c'est cette dernière hypothèse, qui est vraie on peut se demander si le législateur de 1912 a réellement admis la possession d'état comme preuve de la filiation naturelle, et s'il n'a pas plutôt créé une preuve nouvelle, spéciale, la preuve par la participation à l'entretien (1). Cependant, les rapporteurs ont, à maintes reprises, affirmé leur intention d'avoir voulu introduire en la matière la preuve par la possession d'état, et ils se réfèrent expressément à l'article 321 du Code civil dont le texte de la loi nouvelle leur paraît être une adaptation à la filiation naturelle. M. Violette déclare même que « l'article 321 est plus complet et plus explicite que notre texte ; mais notre article « est bien plus *souple* et même plus *large* » (2). Ces paroles du rapporteur commandent donc une interprétation très libérale du texte. « Les termes d'entretien et d'éducation, « poursuit M. Violette, ne doivent pas être entendus d'une « manière étroite. *Leur interprétation est, avant tout, une « question de mesure.* Les soins donnés pendant le jeune « âge, même indirectement et au moyen de subsides, la « surveillance, même lointaine, mais habituelle, suffiront « amplement à prouver la possession d'état, de même si « l'enfant a porté le nom de son père au vu et au su de « ce dernier » (3). Si l'on en croit le rapporteur, il faut donc comprendre, de la façon la plus large, les termes de la loi (4). C'est d'ailleurs à cette seule condition qu'elle pourra s'adapter aux circonstances si variées de la vie et sortir son plein effet. Le dernier exemple indiqué par M. Violette mérite d'être retenu. Nous pensons avec lui que cette solution résulte implicitement de la discussion qui eut lieu à ce sujet au Sénat. Si l'on a repoussé à la suite de l'intervention de M. Bérenger la première rédac-

(1) Comp. Wahl, *loc. cit.*, n° 15, p. 19, n° 44, p. 42.

(2) Rapport à la Chambre, 1911, p. 38.

(3) Rapport à la Chambre, 1911, p. 38-39.

(4) Contra Wahl, *op. cit.*, n° 48, p. 43.

C'est de la même façon libérale qu'on interprète l'art. 321 du Code civil français. L'énumération de la loi est exemplative et non limitative. Cf. discours du tribun Duveyrier, Fenet, t. X, p. 225.

tion de la commission et rayé les mots « portant son nom », ce n'est point qu'on jugeât ce fait insuffisant pour fonder une possession d'état, mais, bien au contraire, parce qu'on le considérait comme une condition trop rigoureuse qu'on ne pouvait imposer à l'enfant sans lui interdire l'exercice de l'action. On n'a donc pas voulu aggraver le texte du projet ; on a voulu rendre l'action plus accessible. Dès lors on ne saurait repousser la demande d'un enfant qui, pour établir sa possession d'état, prouve qu'il porte le nom de son père : ne propose-t-il pas d'apporter des faits plus convaincants, plus démonstratifs que ceux qui sont réclamés par le texte de la loi ? Il serait singulier qu'on rejetât une action, parce qu'un plaideur veut prouver plus qu'on ne lui demande de faire, et qu'on ne tînt pas compte de faits dont le législateur n'a pas exigé la preuve, précisément parce qu'elle lui paraissait trop difficile à rapporter. Mais n'est-ce pas solliciter quelque peu les textes que de considérer le port, par l'enfant, du nom du père comme une participation de celui-ci à l'éducation ? Nous revenons ainsi toujours à la question que nous posons quelques pages plus haut, et qui est fort délicate à résoudre. Si l'on s'en tient rigoureusement aux termes mêmes de loi, on ne peut guère répondre qu'affirmativement. Mais si on cherche à pénétrer, à travers les débats et les rapports, la pensée intime du législateur, et si l'on veut rendre utile et efficace la réforme de l'article 340, il ne faut pas hésiter à interpréter largement la loi nouvelle.

Comme toute possession, la possession d'état doit être *non équivoque*. On songe aux cas encore assez fréquents où « l'apparence communément acceptée d'un état se « trouve être en désaccord avec la réalité » (1). C'est une femme qui, ayant eu un enfant d'un homme qui l'a abandonnée après quelques années de concubinage, forme une liaison nouvelle avec un autre individu qui l'entretient, elle et son enfant. Parfois même cette femme peut imposer

(1) Van den Heuvel. Chambre, 1906, n° 22, p. 24. Cf. Rapport au Sénat belge, n° 105, p. 126.

comme prix de ses complaisances cette quasi-reconnaissance d'un enfant né de ses relations avec un autre amant. Les années s'écoulent ; l'enfant appelle cet homme son père et celui-ci le traite comme s'il était son enfant. Ils passent, aux yeux du monde, comme étant liés par un rapport de filiation. « Une possession d'état s'est constituée, « mais elle est fictive et trompeuse » (1). Le fait seul d'entretenir l'enfant ne suffit donc pas à fonder la possession d'état. Il faut distinguer quel est le mobile de cette attitude du père : a-t-il simplement le désir de faire à l'enfant des libéralités que justifieraient l'intérêt, l'affection voués à la mère, ou a-t-il voulu réellement le traiter en père de famille et resserrer les liens du sang qui l'unissaient à lui ? C'est précisément pour éviter toute équivoque que le législateur français exige que la participation du défendeur à l'entretien ait été faite « en qualité de « père » (2). Il faut donc que par des actes précis et répétés, il se soit déclaré virtuellement le père de l'enfant. L'intention du père présumé est la condition indispensable de la valeur de la possession d'état. Le législateur livre donc cette délicate question à la sagesse et à la perspicacité des tribunaux qui devront réunir, à l'aide d'enquêtes minutieuses, des renseignements circonstanciés, et faire un emploi judicieux du large pouvoir d'appréciation qui leur a été confié. Il faut également que le concours prêté à l'enfant le soit dans son intérêt personnel et exclusif. Il peut, en effet, arriver qu'une pension ait été servie à la mère sans attribution expresse d'une certaine part à l'enfant (3). Il suffit, d'ailleurs, comme le fait remarquer la loi, que le père prétendu participe à l'entretien de l'enfant ;

(1) Cf. Rapport au Sénat français, 1908, n° 369, p. 33. Le fait seul de fournir des subsides à l'enfant ne serait point pertinent. Il faut rechercher quelles sont les intentions du père.

(2) Conf. Aurillac, 5 mars 1913, *Gaz. Pal.* 1913.1.492. Tr. de Sens, 13 nov. 1913 ; *Droit*, 19 mars 1914. Il faut que le père ait déclaré sa *qualité de père* et que les versements aient été *régulièrement et périodiquement* effectués.

(3) Tr. de Lons-le-Saulnier, 31 juillet 1913. D. 1913.2.342.

il n'est pas nécessaire qu'il supporte seul toutes les charges ; une contribution de la mère ne saurait mettre obstacle à l'emploi de la preuve par la possession d'état.

La possession d'état doit également être *constante*, c'est-à-dire qu'elle doit exister pendant un certain temps, sans interruption. Des faits isolés et passagers ne feraient pas preuve entière (1). L'état implique la durée, la permanence. On paraît exiger en Belgique que la possession d'état ait commencé dès le jour de la naissance (2) ; ce semble être une interprétation rigoriste qui ne s'appuie ni sur des arguments d'ordre juridique, ni sur des considérations d'ordre pratique. De même, il n'est pas nécessaire que la possession d'état ou les faits de participation à l'entretien aient persisté jusqu'au jour de l'intentement de l'action. La loi française accorde un délai de deux ans, après la cessation des secours, pour intenter l'action en paternité. Il suffit donc que ces secours aient été fournis à l'enfant, d'une manière régulière, pendant un certain temps. Il est également inutile que le père soit encore vivant au moment de l'introduction de l'instance. Le décès du père ne met pas fin à la possession d'état. Cette hypothèse est expressément prévue par la loi belge, qui prolonge exceptionnellement le délai imparti pour exercer l'action jusqu'à l'expiration de l'année qui suit le décès du père prétendu (art. 341 *b*). En effet, la possession d'état est considérée par le législateur belge comme une manière de reconnaissance. Elle est, comme le dit le rapport au Sénat, « un fait *actuel* et *notoire*, qui, s'il s'est prolongé pendant la vie des père et mère, équivaut à une reconnaissance volontaire » (3). Ainsi, elle continue, en vertu de la loi nouvelle, à exister pendant un an encore après la mort du père présumé, tant qu'il n'est pas intervenu un acte de volonté contraire de la part de celui de qui elle

(1) Voy. Fenet, t. X, p. 79. — Laurent, t. III, n° 405. Rapp. au Sénat belge, n° 105, p. 126. Cf. Sens, précité.

(2) Leclercq, *op. cit.*, n° 6, p. XVII. — Comp. Galopin, n° 22, p. 23. Cf. jug. du trib. civ. Seine, 25 juillet 1913. *Gaz. Pal.* 1914.1.36.

(3) Rapport au Sénat belge, n° 112, p. 132.

émane. On ne saurait soutenir que la possession d'état cesse de plein droit par le seul fait de la mort du père. Un arrêt récent de la Cour de Cassation belge a confirmé cette solution (1). Il résulte de là que, si au lendemain de la mort du père, la famille chasse l'enfant naturel, cesse de pourvoir à son entretien, l'action est parfaitement recevable, bien que la possession d'état, démentie par la conduite de la famille du père, n'existe plus au moment où le procès est introduit : il suffit qu'elle ait duré et persisté entre l'enfant et celui dont il se prétend issu, dont il cherche à faire déclarer la paternité (2).

La preuve de la possession d'état peut être faite par toutes voies de droit, même par la preuve testimoniale, sans qu'il soit besoin d'un commencement de preuve par écrit. Cette solution découle du silence même des lois. Elle a été affirmée dans les rapports : « L'inconduite et sa notoriété, dit M. Guillier, seront prouvées dans les mêmes conditions que la possession d'état... et les autres faits susceptibles d'être établis par témoins » (3). Cependant, le projet italien Scialoja (4) réclame, dans ce cas, comme dans ceux de séduction frauduleuse et de concubinage, la production d'un commencement de preuve par écrit ; à défaut de cette preuve écrite, il admet « des présomptions ou indices résultant de faits démontrés autrement, avant l'instance ou pendant son cours, et suffisamment graves pour déterminer l'admission de la preuve testimoniale ». D'ailleurs, le commencement de preuve par écrit est entendu au sens large de notre article 324 (Cf. art. 7 du projet). De ce fait que la preuve testimoniale est généralement admise pour établir l'existence de la possession d'état en matière de filiation naturelle paternelle, il résulte cette conséquence curieuse, qu'à ce point de vue la recherche de la paternité est plus aisée que la recherche de la mater-

(1) Cass. belge, 10 juillet 1913. *Pasic.* 1913.1.377.

(2) Leclercq, *op. cit.*, n° 7, p. xviii.

(3) Rapport au Sénat français 1908, n° 369, p. 36.

(4) Projet Scialoja, art. 7.

nité. On sait, en effet, que pour l'exercice de cette dernière action, la preuve testimoniale est subordonnée à l'existence d'un adminicule écrit. Celui-ci ne peut être remplacé par des indices graves, résultant de faits avérés. Ce qui est étrange, c'est que le législateur belge a traité à la fois, dans la loi de 1908, la question de la recherche de la paternité, et celle de la recherche de la maternité. Or, il a laissé subsister cette différence ; il l'a même créée. Bien plus, il a cherché à la justifier. « Il serait exagéré d'admettre, dit « le rapport au Sénat, qu'un enfant naturel puisse intenter « à une mère prétendue une action simplement basée sur « des présomptions ou indices résultant de faits, dès lors « constants, étant donné, dans l'état de nos mœurs, le caractère déshonorant d'une pareille imputation, bien autrement grave que quand il s'agit d'une recherche de « paternité » (1). Singulier raisonnement ! Sous l'empire de l'art. 340 du Code Napoléon, c'était l'honneur de l'homme qui était jalousement protégé ; aujourd'hui, c'est celui de la femme qui est le plus efficacement défendu par le législateur. Le législateur belge avait, du moins, une occasion excellente pour uniformiser les modes de preuve, en matière de recherche de maternité naturelle et légitime. Quelle que soit l'origine de la naissance, la réclamation d'état doit être soumise à des règles analogues : car c'est un même fait qu'il s'agit, dans les deux cas, d'établir. Certains Codes et lois modernes sont entrés dans cette voie (2).

Enfin, il convient de remarquer que la possession d'état, même bien prouvée, n'entraîne pas nécessairement et *ipso facto*, la déclaration de paternité (3). Cette disposition peut paraître assez étrange. En effet, quand on possède un état, on n'a pas à le rechercher, on ne s'en soucie guère. En tous

(1) Rapport au Sénat belge, n° 111, p. 131.

(2) Cf. Code civ. espagnol, art. 136, C. civ. portugais, art. 131. Fribourg, loi cit. art. 19, C. civ. du Tessin, art. 87.

(3) Voy. Rapport au Sénat français, 1908, n° 369, p. 32-33. Van den Heuvel, Chambre belge 1906, n° 22, p. 24.

cas, quand il est constaté, il doit s'imposer. Cependant, les législateurs ont décidé que la possession d'état, comme tous les faits donnant lieu à une action en paternité, n'était qu'une *condition d'admissibilité de l'action*. Ils ont surtout invoqué cette raison, que la possession d'état peut être équivoque, et ne pas correspondre à la réalité. Aussi doit-elle être soumise à la critique des tribunaux. De même que l'aveu, de même que la présomption de paternité contre le concubin, elle n'a de valeur que si elle est sanctionnée par le juge. Ce n'est pas une preuve légale, c'est une preuve simple, qui doit être vérifiée et corroborée par les autres faits de la cause. Il appartient au juge d'apprécier si les faits et actes allégués par le demandeur, constituent une possession d'état certaine, de décider, d'après les circonstances de chaque espèce, quelle valeur probante il convient de lui attacher. Il peut également inviter le demandeur à compléter la preuve résultant de la possession d'état. Cette solution est particulièrement non douteuse dans la loi française (1). Ce n'est pas, en effet, une véritable possession d'état qui a été admise, mais, comme le dit le rapporteur, une possession d'état « mitigée » (2), qui consiste dans la participation du père prétendu, à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. « Les tribunaux, dit le rapport au « Sénat, ont le devoir d'examiner la façon dont les soins « auront été donnés, ainsi que leur durée, de juger l'« intention qui aura inspiré les libéralités, de mesurer la « sollicitude dont il aura été fait preuve. C'est après avoir « pesé toutes ces circonstances et tenu compte de tous « les autres faits établis au cours de l'instance, qu'ils « pourront affirmer que la paternité supposée est, pour « eux, absolument démontrée » (3). Ainsi, dans tous les cas où la recherche de la paternité est autorisée, les tribunaux jouissent d'un même large pouvoir d'appréciation et il n'en pouvait être différemment, toutes les questions qui leur sont soumises étant des questions de fait et d'espèce.

(1) Voy. Wahl. *loc. cit.* n° 51, p. 48. Brun, *op. cit.*, p. 98.

(2 et 3) Rapport Guillier au Sénat, 1908, p. 33 et 34.

CHAPITRE III

PREUVE PAR L'AVEU DU PÈRE

« L'aveu, dit M. Guillier dans son rapport au Sénat, réa-
« lise la preuve la plus décisive qui se puisse conce-
« voir » (1). Toute discussion est close, dès que le défen-
deur reconnaît l'existence des faits, que lui reproche l'au-
tre partie. La vérité est établie, puisqu'elle n'est plus con-
testée. La suprême satisfaction des juges n'est-elle pas
d'arracher à l'inculpé l'aveu de sa faute ? Tel a été le but
poursuivi par les accusateurs de tous les temps, car l'aveu
constitue la preuve la plus parfaite, la preuve pérempto-
toire.

Aussi la plupart des législations appartenant au groupe
latin, autorisent-elles la recherche de la paternité dans le
cas où le père a fait l'aveu de sa paternité. Il en est ainsi
en Espagne (art. 135 3° C. civ. esp.), au Portugal (art. 130 1°
C. civ. portug.), en France (loi 16 nov. 1912, art. 1, 3°),
en Belgique (art. 340 *b* 1°), dans la Principauté de Monaco
(art. 236, 1°). En Italie (2), l'article 185 du Code civil ne
prévoit pas ce cas ; par contre, l'article 193 permet à l'en-
fant naturel, mais seulement dans le cas où la reconnais-
sance volontaire est interdite, d'obtenir des aliments de
leurs père et mère, quand la paternité ou la maternité ré-
sulte d'une déclaration expresse, contenue dans un écrit
émané du père ou de la mère (se la paternità o mater-
nità risulti da dichiarazione scritta dei genitori) (art. 193,
3° C. civ. ital.). Ainsi, par une étrange contradiction, les
enfants adultérins et incestueux sont mieux traités que les

(1) Guillier. Rapport au Sénat 1908, n° 369, p. 27.

(2) Cf. projet Scialoja, art. 5, 6°. — Voy. notre historique, p. 68.
L'article 185 du Code sarde non reproduit par le Code civil
italien de 1865, admettait la recherche de la paternité quand le
demandeur pouvait présenter des écrits privés du père. De même,
Grand-Duché de Bade avant 1900. Toscane et Grand-Duché de Luc-
ques.

enfants naturels simples. Ils peuvent invoquer un aveu de paternité, dont ces derniers ne peuvent tirer profit. Sentant le besoin de corriger la loi sur ce point, la jurisprudence italienne n'a pas hésité à admettre les enfants naturels simples, au bénéfice des dispositions de l'art. 193 3°, bien que le texte ne concerne que les enfants, dont la reconnaissance est interdite (1).

On sait que, d'après le Code Napoléon, la reconnaissance volontaire d'enfant naturel doit être constatée, sous peine de nullité, par un acte authentique (art. 334). Tout aveu, si formel qu'il soit, fût-il exprimé dans un testament olographe, ne peut être invoqué avec succès par son bénéficiaire, s'il est consigné dans un simple acte sous seing privé. Aussi, le fait d'avoir attribué à la reconnaissance dénuée de formes, des effets juridiques, analogues à ceux qu'engendre la reconnaissance authentique, constitue dans les pays soumis au principe du Code Napoléon une très importante innovation (2). Elle est une manifestation de cette tendance de la législation moderne, qui soustrait de plus en plus les actes et conventions des particuliers à un formalisme rigide et fait prédominer le fond du droit sur la forme. Déjà, les magistrats, ces précurseurs des réformes futures, avaient admis que la reconnaissance pouvait résulter d'un aveu constaté par un fonctionnaire, dans l'exercice régulier de ses fonctions, par exemple par un juge d'instruction, un juge de paix, siégeant en conciliation. Mais la jurisprudence se refusait toujours à valider une reconnaissance faite dans un testament olographe (3).

(1) Voy. Torre de Lavagna. *La Recherche de la Paternité en France et en Italie*, p. 84.

(2) Certains pays latins admettent la reconnaissance volontaire par *testament*. Espagne, art. 13. Portugal. Grèce. Codes de Parme, Plaisance et Guestdalla. Chili, Brésil, Bolivie (code 1843), Pérou (C. 28 juillet 1852), Mexique (C. 20 déc. 1870). Cf. projet Laurent, art. 310 (acte authentique, acte de naissance, acte sous seing privé). Projet Scialoja (art. 1.), acte authentique, acte de naissance, acte sous seing privé dont signatures légalisées ; testament.

(3) Voy. Cass. 13 juillet 1886. D. 87.1.119. — Cf. Planiol, t. I, n^o 1472-1474. — Capitant et Colin, t. I, p. 282-283.

L'injustice de cette solution est en partie atténuée par les lois récentes sur la recherche de la paternité naturelle. Sans aller jusqu'à conférer à un aveu consigné dans un acte sous seing privé, la force probante de la reconnaissance par acte authentique, le législateur ne lui dénie pas toute valeur. Il s'est ému de ce que des aveux réitérés dans des lettres ou exprimés dans un testament olographe, parfois même à l'heure suprême de la mort, fussent considérés comme étant de nulle valeur, uniquement parce qu'ils n'avaient point été constatés dans les formes requises par la loi. Il existe donc aujourd'hui, à côté de la reconnaissance authentique, une sorte de reconnaissance par acte privé ; mais cette dernière n'opère pas, *ipso facto*. Elle ne peut plus être ignorée du juge : c'est déjà un progrès considérable. Elle doit être soigneusement examinée, vérifiée, corroborée par les autres faits de la cause. Par elle-même, elle n'est qu'une demi-preuve : elle reçoit de la sanction des tribunaux la force probante, la vertu d'une reconnaissance authentique. Tel est le système adopté par les lois française, belge et monégasque (1).

Il a été en France l'objet de vives critiques, en particulier de la part de M. Jénouvrier. Il donne, dit l'honorable sénateur, aux principes du droit, une « entorse grave » (2) — décidément le mot et la chose ont fait fortune au cours des débats ; et il encourt le double reproche d'être à la fois trop large et trop étroit. Trop large, en ce sens que la loi se contente d'un document quelconque, ni signé, ni daté « même d'une déclaration écrite adressée à des tiers ». Trop étroit, parce qu'il se refuse à donner à la reconnaissance par acte privé une valeur personnelle, indépendante des décisions du juge. C'est, qu'en effet, M. Jénouvrier ne peut admettre qu'une reconnaissance d'enfant naturel ne

(1) Voy. pour l'Italie le projet Scialoja, art. 5 6°. Sur la nécessité d'une intervention des tribunaux pour sanctionner l'aveu: D^r Curi. *Sulla dichiarazione giudiziaria della paternità dei figli naturali*. *Archivio giuridico*, vol. XXV, fasc. 4.

(2) Jénouvrier. Sénat. Déb. parl. *J. Off.*, 11 nov. 1910, p. 1722, 1^{re} col.

puisse être valable que si elle est constatée par un acte authentique. La règle du Code Napoléon a été maintes fois critiquée ; dans un livre déjà vieux, mais qui fit grand bruit au moment de son apparition, M. Jacquier, avocat à la Cour d'appel de Lyon, préconisait l'assimilation de la reconnaissance faite dans un testament olographe à la reconnaissance authentique (1). M. Jénouvrier critiqua la rigueur du Code ; les formalités de l'article 334 effraient les caractères timides. De plus, l'article 1322 ne conférait-il pas à l'acte sous seing privé, reconnu par celui auquel on l'oppose, la valeur d'un acte authentique ? Enfin, l'article 339 et les articles 1109 et 1110, qui prévoient l'erreur, le dol et la violence comme vices du consentement, ne fournissent-ils pas de bonnes garanties contre les surprises et le chantage ?

Nous ne pouvons insister sur cette question qui pourrait faire l'objet d'une longue étude. Qu'il nous suffise de dire que le rapporteur ne se rallia pas à ce système législatif. Il se contenta d'opposer aux raisons de M. Jénouvrier, l'argument classique, d'après lequel l'acte authentique est une garantie de sincérité et de libre volonté. Il craignait qu'une femme sans scrupule n'imposât comme condition de ses faveurs la reconnaissance d'un enfant qu'elle aurait eu d'un autre amant. Il redoutait les actes de « complaisance » arrachés à la faiblesse ou à la passion ». Il fit même un ingénieux rapprochement entre la donation, acte par lequel un homme abandonne une partie de son patrimoine, et la reconnaissance d'enfant, acte par lequel on modifie la situation sociale de cet enfant, on lui fait acquérir des droits successoraux et on le fait entrer dans une famille. « La portée sociale d'un pareil acte n'est-elle pas supérieure à celle des contrats qui n'intéressent que le patrimoine des citoyens » (2). Quant à l'argument tiré de

(1) Jacquier. *Des preuves et de la recherche de la paternité naturelle*, ch. VII, p. 88, seq. — En Italie, cf. Ascoli, *Foro italiano*, 1906, 1.1405. — Dusi. *Della filiazione*, p. 606. — De la Grasserie, *op. cit.*, p. 144.

(2) Guillier. Sénat. Déb. parl. *J. Off.*, 11 nov. 1910, p. 1724 2^e, 3^e col.

l'article 1322, le rapporteur fit remarquer que, dans cette hypothèse (acte reconnu par celui auquel on l'oppose), les tribunaux ne feront aucune difficulté pour sanctionner le fait consigné dans un écrit que ne conteste pas le défendeur.

L'acte contenant l'aveu de paternité, lettre, document, déclaration écrite adressée à des tiers, sera donc soumis à la critique des tribunaux. Par lui-même, il n'est pas un mode de preuve complet et suffisant. Il a besoin d'être vérifié, corroboré par les circonstances de l'affaire. Il n'est qu'une présomption, rendant recevable l'action en recherche de paternité (1). Tandis que la reconnaissance par acte-authentique a force probante, pleine et entière, et ne vaut par elle-même que jusqu'à l'annulation, la reconnaissance par acte sous seing privé a besoin de la sanction des tribunaux et ne vaut que par elle. Mais, de plus, alors que la première peut ne pas correspondre à la réalité des choses, et être cependant valable, la seconde ne peut obtenir l'agrément du juge que si elle lui donne la conviction qu'elle a été écrite par le père véritable. C'est sur ce point délicat que se différencient le plus nettement les théories de MM. Jénouvrier et Guillier. L'un ne s'inquiète pas de la certitude de la paternité. Il dénie aux tribunaux le droit de vérifier, de contrôler la véracité et la valeur de l'aveu. Le père, dit-il, affirme dans cet acte une chose dont il n'est pas certain, dont il ne peut pas être certain. Seule, la fidélité de la mère, tant en matière de filiation légitime qu'en matière de filiation naturelle, est le gage de l'exactitude de la déclaration (2). Dès lors, il suffit qu'un homme croie à sa paternité ; une reconnaissance est un acte de foi ; c'est aussi un acte de volonté ; et les tribunaux ne peuvent s'arroger le droit de discuter cet acte et de le briser ; ils substituent leur volonté à la volonté de l'individu. Même appliqué à l'enfant d'une femme de mauvaise vie, l'acte doit avoir toute sa valeur ; car son auteur est seul juge de son

(1) Guillier, *loc. cit.*, et rapport au Sénat 1908, n° 369, p. 29.

(2) Jénouvrier. Sénat. Déb. parl., *J. Off.*, 11 nov. 1910, p. 1721 3^e col.

attitude (1). M. Guillier n'a pas voulu souscrire à cette thèse. A ses yeux la reconnaissance d'enfant est un acte grave, et pour l'individu et pour la société. Celle-ci est intéressée à ce que les scandales et les chantages soient enrayés, à ce que les citoyens ne soient pas victimes d'odieuses machinations ; c'est pourquoi il faut entourer l'aveu de garanties sérieuses (2). La croyance du « père » à sa paternité ne saurait suffire à fonder la reconnaissance, car elle peut être une vaine illusion, résultant de l'ignorance où est l'auteur de l'acte de la conduite de la femme. « Quand, dans « un acte sous signature privée, on reconnaît devoir telle « somme, on ne peut guère s'y tromper ; lorsque le pré- « tendu père traite dans une lettre un enfant comme le « sien, son erreur est facile, et il ne saurait être lié par ce « fait seul » (3). On peut même se demander jusqu'à quel point, en pareille matière, la volonté individuelle doit prévaloir sur l'intérêt social. Est-ce que, à la société qui lui reproche d'avoir accompli à la légère un acte grave, tel qu'est une reconnaissance, qui juge cet acte suspect et peut-être préjudiciable à l'enfant dont elle a mission de défendre les droits, un homme, par sa seule autorité, peut répondre le mot de M. Jénouvrier : « Cela ne vous regarde « pas ! ».

Ainsi donc, les tribunaux doivent rechercher si l'acte contient réellement l'aveu dont se prévaut le demandeur, si la paternité du défendeur apparaît comme vraisemblable ou tout au moins est « fondée sur une apparence logique » (4). Au surplus, ils examineront les conditions dans lesquelles l'aveu aura été fourni, les garanties de libre décision et de volonté consciente qu'il présente. « Ils rapprocheront enfin l'écrit produit des faits acquis au procès ; ils contrôleront toutes les données de la cause, et « s'il se dégage de cet ensemble de faits ou d'écrits sou-

(1) Jénouvrier. *eod. loc.*, p. 1722, 3^e col.

(2) Guillier, *loc. cit.*

(3) Raoul de la Grasserie. *De la recherche des effets de la paternité naturelle*, p. 151.

(4) Rapport à la Chambre. Violette, p. 35.

« mis à leur appréciation souveraine, la certitude pour « eux qu'on se trouve en présence du véritable père, ils « proclameront la filiation naturelle de l'enfant » (1). Tandis que la reconnaissance authentique est une simple affirmation à laquelle la loi ne demande pas même d'être vraisemblable, la reconnaissance, par acte sous seing privé ne reçoit la sanction des tribunaux qu'autant qu'elle semble être l'expression de la vérité et être conforme à la réalité des faits. Ce travail de critique, auquel se livrent les juges, nous paraît devoir donner d'excellents résultats. M. Jénouvrier semblait le trouver antijuridique. Mais depuis quand les tribunaux n'ont-ils plus le pouvoir d'examiner l'authenticité et la véracité des déclarations et des documents versés aux débats ? Ils ne sauraient, sous peine de sanctionner légalement les plus abominables manœuvres « imposer » la paternité, sur la simple production d'acte sous seing privé, de lettres écrites dans un moment de passion ou d'aveuglement (2). Comme le dit fort bien M. de la Morandière : « Que d'amants inexpérimentés auraient la faiblesse de se laisser arracher par leurs maitresses des reconnaissances de complaisance, si celles-ci « pouvaient valablement être faites, en dehors de la présence de tout notaire, peut-être même sur l'oreiller ! » (3).

Comme l'aveu est l'objet d'un examen sérieux de la part des tribunaux, on peut accepter comme écrit toute espèce de document, même ni signé ni daté. Ce sera un acte sous seing privé, un testament, une correspondance, des papiers domestiques, une lettre, une déclaration écrite à des tiers (4). Il va de soi que ces écrits doivent émaner du père

(1) Guillier. Sénat. Déb. parl. *J. Off.* 11 nov. 1910, p. 1725, 1^{re} col. Rapport au Sénat 1908, n° 369, p. 28.

(2) Sénat. Déb. parl. *J. Off.*, 11 nov. 1910, p. 1722, 3^e col.

(3) De la Morandière. *Revue trimestrielle de droit civil* 1910, p. 872, seq.

(4) Rapport à la Chambre. Viollette, p. 35; Rapport au Sénat 1908 n° 369, p. 28 ; Guillier. Sénat. Déb. parl. *J. Off.*, 11 nov. 1910, p. 1725, 1^{re} col.

prétendu : la loi le dit expressément (art. 1^{er} 3^o). Il n'y avait aucun danger à se montrer aussi libéral, car l'aveu, si formel qu'il soit, ne saurait entraîner, *ipso facto*, la déclaration de paternité du défendeur. Soumis à une sévère critique du juge, il tire toute sa valeur de la sanction des tribunaux. Un aveu unique peut suffire ; le texte de la loi et les travaux préparatoires son en ce sens (1). Cependant ce seul fait n'est susceptible de fonder la paternité qu'autant qu'il est entouré d'un certain nombre de circonstances qui le corroborent et le confirment. Au reste, il est assez rare que l'aveu soit unique, et n'ait point été répété dans différents écrits.

Il faut enfin, « *un aveu non équivoque de paternité* » dit le texte de la loi. C'est donc un aveu formel, péremptoire, mais il peut être seulement implicite (2) et, de plus il doit porter sur le fait de la paternité ; ces conditions semblent indispensables pour qu'il constitue une preuve (3). Malgré l'évidence de ces solutions, le rapport au Sénat paraît avoir affirmé le contraire. M. Guillier ne juge pas nécessaire que les lettres ou pièces invoquées renferment « une reconnaissance formelle ». Il lui suffit qu'elles laissent « percer l'aveu de paternité » ou même seulement — ce qui ne laisse pas que d'être fort étrange — « l'aveu de relations suivies avec la mère, pendant la période légale de la conception ». Ces documents constitueront alors « un commencement de preuve par écrit, susceptible d'être renforcé par des présomptions présumées, graves et concordantes que fourniront d'autres faits significatifs, dont il sera possible de rapporter la démonstration par témoins » (4). Mais alors, on étend

(1) Voy. Rapport au Sénat, *loc. cit.*, Rapport à la Chambre, p. 34-35. — Cf. De la Grasserie, *op. cit.*, p. 151.

(2) Voy. Saint-Claude, 23 juillet 1913. *Gaz. Pal.*, 1913, 2.449. --- Rodez, 12 janv. 1914. *Droit*, 19 mars 1914.

(3) Cf. Wahl, *loc. cit.*, n^o 36, p. 37. Voy. Aurillac, 5 mars 1913. *Gaz. Pal.* 1913.1.492; Lyon, 5 juin 1913. *Gaz. Pal.* 1913.2.299; Grasse, 26 juillet 1913. *Gaz. Pal.* 1913.2.405 ; Marseille, 9 octobre 1913. *Gaz. des Trib.* 8 et 9 déc. 1913.

(4) Guillier. Rapport au Sénat. 1908, p. 29.

considérablement le champ d'application de la loi. Nous sommes loin de l'aveu non équivoque ; il suffit d'une lettre qui laisse deviner l'existence de relations intimes entre la mère et le défendeur, pour que la preuve testimoniale soit admise. Si les tribunaux donnent leur adhésion à cette interprétation hardie du rapporteur, il est certain que la loi de 1912, à laquelle on fait si souvent le reproche d'être trop restrictive, autorise largement, du moins sur ce point, la recherche de la paternité ! Mais le texte de la loi étant nettement contraire aux déclarations du rapporteur, il est douteux que la jurisprudence accepte l'opinion de ce dernier (1). On peut légitimement soutenir que faire un demi aveu, avouer seulement des relations avec une femme, ce n'est pas avouer de façon non équivoque être le père de l'enfant issu de ces relations (2). Conclure d'une déclaration aussi imprécise à la paternité de son auteur, c'est faire une induction singulièrement dangereuse. D'ailleurs, il semble bien que M. Guillier ait fait une regrettable confusion ou tout au moins un rapprochement malheureux, entre l'écrit exigé en cas d'aveu de paternité et le commencement de preuve par écrit, exigé dans le cas de séduction frauduleuse (3). Parlant de cette dernière hypothèse, il cite des « aveux consignés dans un jugement, des « déclarations faites en justice », comme étant de simples commencements de preuve par écrit, alors que ce sont de véritables preuves, et qu'ils doivent donner ouverture, s'ils sont formels, à l'action en paternité, fondée sur le 3^o de l'article premier. Dans le système de la loi, les demi-aveux dont parle M. Guillier ne semblent pouvoir être utilisés que comme commencements de preuve par écrit de la séduction. Ce qui paraît avoir fait naître cette confusion,

(1) Les jugements rendus jusqu'à ce jour exigent un aveu formel de paternité, et non point seulement l'aveu des relations. Voyez Grasse, 26 juillet 1913. *Gaz. Trib.* 1913.2.405. — Marseille, 9 octobre 1913. *Le Droit*, 13 déc. 1913. — Saint-Claude, 23 juill. 1913. *Gaz. Pat.* 1913.2.449.

(2) Voy. Brun. *op. cit.*, p. 86. — Wahl. *op. cit.*, n^o 37, p. 37-33.

(3) Voy. Defrénois, *loc. cit.*, 33, p. 31.

c'est qu'en réalité, la production d'un aveu écrit tient, d'après M. Guillier, le rôle d'un commencement de preuve par écrit, autorisant l'admission de la preuve testimoniale relativement aux autres circonstances de la cause.

Même, lorsqu'il est nettement formulé, l'aveu, n'ayant aucune valeur probante par lui-même, peut être *combattu* à l'aide de tous moyens, par celui auquel on l'appose. « De « même qu'une reconnaissance authentique peut-être « combattue par la preuve contraire, et qu'il est loisible « de la faire annuler, en démontrant qu'elle est menson- « gère, de même les magistrats ne seront pas rigoureuse- « ment obligés de tenir pour exactes toutes les reconnais- « sances sous seing privé dont on excipera à leur « barre » (1). L'état est d'ordre public, il ne peut être basé sur une erreur ou un faux. Le défendeur est donc admis à prouver que l'écrit invoqué n'émane pas de lui, ou que l'aveu lui a été extorqué par la violence, le dol ou que le document produit a été fabriqué ou truqué. L'aveu peut également être combattu à l'aide des fins de non-recevoir institués par la loi de 1912. Il convient de remarquer que ce droit de défense est beaucoup plus facile à exercer avec succès à l'égard d'une reconnaissance sous seing privé, que lorsqu'il s'agit d'une reconnaissance authentique. Celle-ci est considérée jusqu'à l'annulation comme vraie d'une manière absolue et à l'égard de tous ; la preuve contraire est toujours fort difficile à rapporter. Mais l'aveu contenu dans une lettre n'a de poids qu'autant qu'il est renforcé par des témoignages concordants et qu'il n'est pas

(1) Guillier. Rapport au Sénat, 1908, p. 28, 29.

M. de la Grasserie admet également qu'une reconnaissance insuffisante pour former titre (reconnaissance implicite de l'enfant, aveu de relations avec la mère) peut être considérée comme un commencement de preuve par écrit susceptible d'être complété par la preuve testimoniale et de présomptions ; dans ce cas, il doit même s'imposer au juge. La reconnaissance non équivoque est au contraire une preuve entière. L'auteur fait en outre une distinction entre l'écrit isolé (l'aveu unique) qui ne vaut que comme commencement de preuve par écrit et l'écrit réitéré, le faisceau d'écrits qui constitue une véritable preuve complète par écrit, équivalant à la reconnaissance. De la Grasserie, *op. cit.*, p. 150, seq.

l'objet de contestations sérieuses. La valeur se dégage précisément de l'examen critique auquel il est soumis. Par contre, lorsque la déclaration de paternité a été prononcée, l'aveu devient définitif. Quand le jugement a acquis force de chose jugée, les parties ne peuvent plus contester la validité de l'aveu ; tandis que l'auteur d'une reconnaissance authentique est admis à l'attaquer en annulation. Ce droit ne saurait être refusé à tous ceux qui ont intérêt à ce que la reconnaissance n'ait pas lieu (art. 339 du Code civil). Un simple intérêt moral, tel que la dignité de la famille et l'honneur du nom suffit à motiver leur intervention (1). Naturellement ils emploieront le mode de procédure qui est destiné à attaquer les jugements qui ont été rendus contre leurs intérêts sans qu'ils y aient été représentés, c'est-à-dire la voie de la tierce opposition (articles 474 et suivants, C. pr. civ.).

Comme tout aveu, l'aveu de paternité, même consigné dans un acte sous seing privé, est *irrévocable*. L'irrévocabilité n'est d'ailleurs point incompatible avec la contestabilité. Révoquer un aveu, c'est se rétracter, prétendre, sans le prouver, le contraire de ce qu'on avait affirmé. Contester, c'est démontrer à l'aide de preuves la fausseté ou l'invraisemblance d'une déclaration. Comme le dit M. Planiol : « Un tel aveu n'en est pas même un, car on n'avoue « pas un fait qui n'a jamais eu lieu » (2).



L'ordonnance monégasque ne présente sur ce point aucune particularité. Plaçant le cas d'aveu au premier rang des preuves de la paternité naturelle, elle est rédigée dans une forme analogue à la loi française : « 1° Si la paternité a été avouée dans des actes ou des écrits privés « émanés du père prétendu » (art. 236, 1°). Au contraire, la

(1) Paris, 14 mars 1895. D. 95.2.231.

(2) Planiol, t. I, p. 483, n° 1490.

solution belge est très intéressante à étudier. Tout d'abord, il faut remarquer que dans le cas d'aveu, l'enfant ne peut exercer que l'*action alimentaire*. Cette solution est au plus haut point surprenante ; quelle preuve est plus décisive que l'aveu, ne fait-il pas disparaître jusqu'à l'incertitude inhérente aux problèmes de filiation masculine ? D'autre part, la loi belge permet à l'enfant qui invoque la possession d'état d'intenter une véritable action en paternité. Quelle différence entre ces deux hypothèses, l'aveu par écrit et la possession d'état qui est une série d'aveux ? On a essayé d'expliquer cette anomalie en disant que, dans le cas de reconnaissance authentique et de possession d'état, le père avait, outre l'aveu de sa paternité, manifesté sa volonté de faire de l'enfant son vrai fils, son héritier, de lui donner son nom et une place à son foyer. Nous reviendrons sur cette idée ; constatons seulement, pour l'instant, l'étrangeté de la solution belge et attribuons-la à la nécessité où s'est trouvé le législateur de consacrer, dans la loi du 6 avril 1908, les théories les plus violemment opposées.

La preuve des relations entre la mère et le défendeur peut résulter, dit l'article 340 *b* « de leur aveu dans des « actes ou des écrits émanés du défendeur ». C'est même, d'après les auteurs, la seule façon dont les relations charnelles puissent être prouvées. Mais, sous peine d'interdire l'action dans les cas les plus fréquents et les plus intéressants, on a dû permettre d'établir, en dehors de toute preuve écrite, le fait des relations intimes par toutes voies de droit, notamment par témoignages et présomptions (attentat à la pudeur, promesse de mariage, abus d'autorité, etc..., article 340*b* 2°, 3° et 4°). La preuve par l'aveu écrit constitue le principe ; les autres preuves ne sont qu'exceptionnelles (1).

Mais ce qui fait l'intérêt principal de l'étude de la loi belge, c'est que l'aveu exigé par elle ne porte pas sur

(1) En ce sens Galopin, *op. cit.*, n^{os} 61, 62, p. 44. — Leclercq, n^{os} 32 à 40, p. xxxv à xl.

la paternité, mais sur les *relations charnelles*. « La preuve « des relations résulte de leur aveu ». Il suffit donc que dans une lettre un homme déclare avoir cohabité, ne fût-ce qu'une seule fois, avec une femme, pour que celle-ci soit admise à exercer contre lui, peut-être avec succès, l'action de l'article 340 b. Un tel aveu n'est point, comme le voulait le rapporteur au Sénat français, un simple commencement de preuve par écrit ; il constitue une preuve entière et complète de la paternité, qui, cependant, est soumise à l'appréciation des tribunaux. Le législateur belge est donc sur ce point très libéral ; certains diront même qu'il l'est trop ; car l'aveu des relations charnelles ne signifie rien quant à la paternité du défendeur ; par cet acte, celui-ci n'a pas entendu se déclarer le père de l'enfant, ni affirmer qu'il avait eu seul des rapports avec la mère. Si étrange qu'elle paraisse, cette solution résulte clairement du texte de la loi, des travaux préparatoires où elle a été maintes fois exprimée (1), des commentaires de la loi de 1908 écrits par MM. Leclercq et Galopin (2). Le projet de la section centrale, à la suite du projet Van Berchem, réclamait un aveu de la paternité, et accordait en ce cas à l'enfant naturel une action en paternité avec conséquences d'état. La Commission du Sénat, plus restrictive quant aux effets produits, se montra plus large quant aux modes de preuve et n'exigea que l'aveu des relations.

La loi belge se sert des mots « aveu dans des actes ou « des écrits émanés du défendeur ». Ces deux termes, actes et écrits, ne sont pas synonymes. Le terme « acte » a été employé pour indiquer qu'il n'est pas nécessaire que l'aveu soit relaté dans une pièce écrite de la main du défen-

(1) Voy. Goblet d'Aviella, rapporteur au Sénat belge. Sénat 190, n° 187, p. 183, 2° col. — Renkin, ministre de la Justice. Chambre 1907, n° 254, p. 230, 2° col. Par contre, le rapport au Sénat parle de « paternité avouée », n° 106, p. 128.

(2) Galopin, *op. cit.*, n° 61, p. 44. — Leclercq, *op. cit.*, n°s 32, 33, p. xxxv. Cf. Bruxelles, 25 janvier 1913. *Pas. belge*, 1913, 3. 117.

deur (1), tel que l'est un testament olographe (2). Il peut être contenu dans des documents *quelconques* (3), tels que : inventaire, missives, annotations sur des papiers ou registres (4). La loi belge paraît donc plus large que la loi française qui semble bien exiger que la pièce produite soit écrite de la main du défendeur : c'est une condition qu'ont toujours supposée tous ceux qui, dans les rapports ou à la tribune du Sénat, ont traité la question.

Il faut en outre que l'aveu soit complet, *formel*, clair, qu'il ne prête à aucune équivoque (5). On a expressément déclaré, au cours des débats, qu'un simple commencement de preuve par écrit de l'aveu ne saurait suffire et que le demandeur ne serait pas admis à le compléter par témoignages et présomptions (6).

Il a été formellement admis qu'un seul fait de relations charnelles, un fait *isolé* peut suffire à fonder l'action de l'article 340 *b*, s'il est prouvé par écrit. Il n'est donc pas nécessaire que les relations soient habituelles (7).

De même, que dans la loi française, un tel aveu n'a de force probante qu'autant qu'il est *sanctionné* par les tribunaux. L'aveu n'est pas nécessairement et par lui seul

(1) Rapp. au Sénat, n° 106, p. 128. — Leclercq. *op. loc. cit.*

(2) La proposition faite par M. Janson d'ajouter « ou par un « testament olographe », a été repoussée, car le cas est visé par les termes généraux de l'art. 340 *b*. Voy. Chambre, n° 33, p. 33, 2° col.

(3) Le qualificatif « quelconques » a été supprimé au cours des débats comme inutile et superflu. — Carton de Wiart, n° 31, p. 31, 1^{re} col. — Van den Heuvel, n° 33, p. 33, 2° col.

(4) Rapport au Sénat, n° 106, p. 128. — Carton de Wiart, n° 31, p. 31, 1^{re} col.

(5) Goblet d'Aviella. Sénat 1907, n° 187, p. 184, 1^{re} col. — Galopin. *op. cit.*, n° 61, p. 44. — Leclercq. *op. cit.*, n° 33, p. xxxvi. — Cf. Courtrai. 1^{er} déc. 1911. *Pas. belge*, 1912.3.82. — Huy, 2 mai 1912. *Pas. belge*, 1913, 3.49. — Arlon, 19 déc. 1912. *Pas. belge*, 1913.3.57. Tongres, 17 déc. 1912. *Pas. belge*, 1913.3.119. Bruxelles, 25 janvier 1913, *déjà cité*.

(6) Goblet d'Aviella. Sénat 1907, n° 187, p. 184, 1^{re} col. — Van den Heuvel. Chambre 1906, n° 22, p. 24, 2° col. n° 53, p. 54, 2° col.

(7) Goblet d'Aviella. Sénat 1907, n° 187, p. 184, 1^{re} col. — Galopin. *op. cit.*, n° 60, p. 44. — Leclercq. *op. cit.*, n° 32, p. xxxv. — Bruxelles, 25 janv. 1913. *Pas. belge*, 1913.3.117.

une preuve absolue et complète : c'est au juge à en apprécier la portée en s'inspirant de toutes les circonstances de chaque espèce (1). Il va de soi que l'existence de l'aveu n'exclut pas la preuve testimoniale. Ainsi la partie demanderesse peut, par tous moyens de preuve, établir la réalité de faits qu'elle estime de nature à corroborer et à confirmer l'écrit qui contient l'aveu (2). En particulier, l'enfant peut user de toutes voies de droit pour prouver son identité avec la personne désignée dans l'écrit (3). Inversement le défendeur a le droit de repousser par tous moyens la présomption qui pèse sur lui : il peut dénier l'écriture de la pièce produite, contester la portée de l'aveu, prétendre qu'il lui a été arraché par dol ou qu'il est manifestement erroné ; il peut également invoquer qu'à raison de son absence du pays au moment de l'époque de la conception, il ne peut être le père de l'enfant (4).

Enfin il a été formellement déclaré, au cours des débats belges, qu'il n'est pas besoin d'avoir la pleine capacité juridique pour faire un pareil aveu. « La loi n'innove pas » sur ce point, dit M. Van den Heuvel ; elle s'en réfère aux « principes généraux de notre législation » (5). A l'appui de cette opinion qui est certaine en doctrine, il cite un passage du *Cours sur l'état et la capacité des personnes*, de M. Galopin : « On ne peut songer, dit le savant professeur de Liège, à appliquer ici les règles relatives à la » capacité civile de s'obliger, car la reconnaissance n'est » pas un contrat, ni un acte juridique unilatéral, mais le » simple aveu du fait de la filiation. Aussi est-il générale- » ment admis qu'il suffit d'être moralement capable de » volonté, capable de faire une déclaration digne de foi. » La reconnaissance peut donc être valablement faite par

(2) Van den Heuvel, *eod. loc.* et Sénat 1907, n° 189, p. 187-188. — clercq, *op. cit.*, n° 33, p. xxxvi. — Goblet d'Aviella, *loc. cit.*

(2) Van den Heuvel. Chambre 1906, n° 22, p. 24, 2 col. — Leclercq, *op. cit.*, n° 33, p. XXXVI. — Goblet d'Aviella, *loc. cit.*

(3) Galopin, *op. cit.*, n° 61, p. 44.

(4) Van den Heuvel, Chambre 1906, n° 53, p. 55, 1^{re} col.

(5) Van den Heuvel. Chambre n° 53, p. 54.

« un mineur, une femme mariée sans aucune assistance » (1). Il est bien entendu qu'il faut toujours réserver la question de discernement ; ainsi la validité de l'aveu n'est soumise qu'à la simple capacité de fait de son auteur (2).

Ainsi la réforme de la recherche de la paternité naturelle dans les pays latins a eu cet heureux effet d'apporter indirectement un important correctif à la règle de l'article 334 du Code Napoléon, d'après lequel la reconnaissance d'enfant naturel doit être, sous peine de nullité, constatée par un acte authentique. Sans doute, la reconnaissance par acte sous seing privé n'a pas la force probante de la reconnaissance formelle, mais elle peut acquérir une valeur égale si elle est sanctionnée par les tribunaux. Désormais, les tribunaux ne doivent plus méconnaître un tel aveu, mais ils peuvent le prendre en considération et le consacrer. Cette modification des règles de la filiation naturelle, bien qu'elle paraisse à certains insuffisante, n'en constitue pas moins un notable progrès, peut-être une étape vers une réforme plus franche, certainement une importante victoire des tendances de la législation moderne sur le formalisme étroit de l'ancien droit. Comme l'a dit avec quelque emphase le rapporteur à la Chambre des députés : « C'est le triomphe du fond sur la forme et de la réalité sur l'apparence » (3).

(1) Galopin. *Cours* n° 4, p. 14. Cf. Planiol, t. I, n° 1478. Laurent, t. IV, n°s 36 à 41.

(2) Galopin. *Commentaire de la loi du 6 avril 1908*, n° 61, p. 44.

(3) Rapport à la Chambre. Viollette, p. 35.

CHAPITRE IV

PREUVE DE PATERNITÉ TIRÉE DU FAIT DE LA SÉDUCTION DOLOSIVE.

La recherche de la paternité est également autorisée dans le cas où la femme a été l'objet d'une séduction frauduleuse. Les faits de séduction dont il est possible d'établir la réalité à l'aide de témoignages et d'écrits, rendent assez vraisemblable l'existence des relations sexuelles entre le défendeur et la femme séduite pour qu'en ce cas il paraisse superflu d'exiger la preuve directe du commerce charnel. D'autre part, on a de fortes raisons pour croire que la femme n'était pas de mœurs légères et n'a pas dû se livrer à plusieurs hommes puisqu'il a fallu la tromper, l'abuser, l'entraîner pour arriver à vaincre ses résistances (1).

Mais que faut-il entendre par le terme « *séduction* » ? Les législateurs se sont bien gardés de nous donner une définition de cette expression. Ayant compris l'impossibilité, ou tout au moins la difficulté de réunir sous une formule abstraite les éléments si divers de la séduction, ils ont procédé, selon la méthode législative anglaise, par voie d'énumération concrète. En effet, quoi de plus varié que les artifices imaginés par les séducteurs, quoi de plus fécond que leur ingéniosité et leur audace ! « La séduction, nous dit M. Guillier, en des termes excellents, ne « résulte pas d'un fait unique et uniforme ; elle ne se « caractérise pas par des traits particuliers susceptibles « d'être nettement précisés ; elle revêt des aspects multiples et changeants ; elle se constitue d'un ensemble de « faits, de manœuvres, de promesses ou de menaces, grâce « auxquels un homme sans scrupule finit par triompher

(1) Loi française, alin. 3. Loi belge, art. 340 b 4°. C. c. Suisse, art. 323. Ord. monégasque 236 4°. Projet italien Scialoja, art. 5 2°.

« d'une femme (1) ». La liste la plus généralement admise par les législateurs comprend les cas où la séduction a été accomplie à l'aide de *manœuvres frauduleuses, promesse de mariage, abus d'autorité*. C'est donc seulement la séduction dolosive (2) qui peut servir de base à une action en recherche de paternité, car on a considéré, à tort ou à raison, que, seule la séduction qualifiée pouvait faire présumer la paternité du défendeur et la fidélité de la femme. Mais quand la séduction est-elle simple et quand est-elle qualifiée ? C'est là une question de fait laissée à l'appréciation des tribunaux. Leur tâche est, certes, des plus délicates ; elle exige beaucoup de tact, de finesse, de pénétration.

Les législateurs se sont contentés d'ailleurs d'indications très vagues. Le terme le plus difficile à définir et à préciser est assurément celui de « *manœuvres dolosives* ». Le rapporteur à la Chambre oppose aux faits de violence physique prévus au 1^o de l'article premier les faits de violence morales visés par le § 2. Ils comprennent, nous dit-il, toutes les fraudes capables de vicier le consentement (3). Sans doute, mais cela ne nous donne pas le critérium qui permettrait de distinguer les cas dans lesquels la femme a cédé à l'entraînement de la passion et ceux où elle a été victime de mensonges et d'abus de confiance. Aussi, le législateur a-t-il indiqué, à titre d'exemples, deux hypothèses dans lesquelles la femme est présumée avoir été trompée et circonvenue. En effet, les termes d'abus d'autorité, promesse de mariage, ne sont que le commentaire de l'expression plus générale « *manœuvres dolosives* » (4). L'énumération de la loi française est *exemplative*, et non point limitative. Le rapporteur à la Chambre recommande l'interprétation la plus large du

(1) Rapport à la Chambre 1908, n^o 369, p. 22. — Guillier. Sénat. Déb. parl. *J. Off.*, 15 juin 1910, p. 1509, 1^{re} col.

(2) Cf. les textes de loi précédemment cités. Voy. Jénouvrier. Sénat. Déb. parl. *J. Off.*, 11 nov. 1910, p. 1723. Van den Heuvel. Sénat belge, 1907, n^o 189, p. 187, 2^e col.

(3) Rapport à la Chambre, 1911, p. 31.

(4) Rapport à la Chambre, *loc. cit.*

texte. « Le juge, dit-il, garde la liberté d'apprécier toutes
« les autres circonstances de nature à influencer la déci-
« sion de la mère. Mais il ne faut pas oublier que le fait
« qu'il s'agit d'une femme, c'est-à-dire d'un être particu-
« lièrement sensible, impressionnable, exposé aux entre-
« prises de toutes sortes, doit entrer en ligne de compte
« pour calculer la responsabilité du séducteur. Il faudra
« tenir compte aussi du passé de la femme, de son âge,
« de son caractère, de son ignorance plus ou moins grande
« de la vie » (1). Comprenant bien que sur un sujet aussi
délicat le législateur ne pouvait avoir la prétention de
limiter à des espèces types la diversité infinie des moyens
de séduction, M. Guillier disait de même à la tribune du
Sénat : « D'autres fois, le séducteur arrive à ses fins, à la
« suite de manœuvres dolosives qui échappent à toute
« précision » (2). C'est à la jurisprudence dont l'initiative
hardie est traditionnelle en cette matière, qu'incombe le
devoir de continuer son œuvre de justice et de poursuivre
le « commentaire » dont le législateur lui a donné le point
de départ et la méthode. Elle pourra ainsi, en prenant en
considération l'âge de la femme, son caractère, son igno-
rance, son inexpérience, admettre l'action en paternité
dans des cas où aucune fraude grave ne saurait être dé-
couverte. Peut-être apportera-t-elle ainsi un heureux cor-
rectif au système inique et arbitraire de la loi, qui n'auto-
rise la recherche de la paternité que dans le cas de séduc-
tion qualifiée. En effet, la jurisprudence reconnaissait le
droit de la femme à des dommages-intérêts, quand la sé-
duction pouvait s'expliquer par une « inégalité d'âge »,
« d'intelligence », de position sociale, de forces physiques
entre l'homme et la femme (3). Il serait assurément fort
regrettable que les tribunaux, affranchis de la prohibition
de l'article 340, repoussent, dans ces cas, l'action en récla-

(1) Rapport à la Chambre, *loc. cit.* — Cf Defrénois, *loc. cit.*, n° 21, p. 16.

(2) Guillier. Sénat. Déb. parl. *J. Off.*, 15 juin 1910, p. 1509.

(3) Voy. Dijon, 16 avril 1861. D. 61.5.423. Cass. 26 juill. 1864. D. 64.1.347.

mation d'état et refusent maintenant d'accorder des dommages-intérêts à la fille-mère.

En Belgique, on a tenté de louables efforts pour préciser la notion de « manœuvres frauduleuses ». En effet, le législateur belge ne considère pas cette expression comme englobant les cas de séduction par promesse de mariage et abus d'autorité. Elle n'est qu'un des termes de l'énumération. D'ailleurs, il résulte des travaux préparatoires que la liste est *limitative* (1) ; certains voulaient même faire disparaître l'hypothèse d'abus d'autorité. Aussi paraît-il nécessaire de rechercher ce qu'il faut entendre par « manœuvres frauduleuses ». D'après les auteurs et la jurisprudence belges et les débats parlementaires, elles se caractérisent essentiellement par la tromperie (2). Il y a donc séduction dolosive lorsque l'homme s'efforce de tromper l'intelligence de la femme, ou d'énervier sa volonté pour parvenir à surprendre son consentement. Ainsi le séducteur persuade à la jeune fille qu'il veut abuser, des choses qu'il sait pertinemment ne pas être exactes ; il se donne un faux état civil, c'est un homme marié qui se fait passer pour célibataire, se prête une situation sociale qu'il n'a pas et exhibe, à l'appui, des pièces fausses fabriquées dans le but d'impressionner l'esprit de la femme. On cite encore le cas où le séducteur remettrait à la jeune fille des livres de nature à la corrompre, ou dirigerait contre les parents de celle-ci des accusations calomnieuses pour la soustraire à leur influence (3). Et combien d'autres subterfuges, de ruses, de pièges peut inventer le machiavélisme des Don Juan et des Turcaret !

Mais cependant, suffit-il qu'il y ait tromperie, allégation d'un fait qui n'est pas vrai, pour qu'on puisse dire qu'il y a séduction qualifiée ? Peut-on, par exemple, considérer comme constituant une manœuvre frauduleuse, le fait par

(1) Voy. Van den Heuvel, min. de la Justice. Chambre 1906, n° 33, p. 35, 2° col.

(2) Wiener. Sénat 1907, n° 192, p. 190, 1^{re} col. — Van den Heuvel. Sénat 1907, n° 189, p. 187, 2° col.

(3) Leclercq, *op. cit.*, n° 38, p. xxxviii. — Wiener, *loc. cit.*

le séducteur d'avoir écrit des lettres où il feignait d'éprouver une grande passion, d'avoir fait des protestations d'amour auxquelles il ne croyait pas ? Un auteur belge s'est appliqué à définir avec une certaine précision la notion de séduction qualifiée. Qu'il nous soit permis de citer ce passage qui est un fort curieux document de psychologie juridique : « Toute tentative de séduction, dit-il, implique par elle-même l'emploi de certains moyens, auxquels le séducteur recourt pour plaire à la femme qu'il veut séduire : tels sont les moyens matériels par lesquels il tente de s'embellir et de tromper sur sa laideur, tels sont les moyens intellectuels par lesquels il cherche à plaire à la femme, en lui faisant d'elle-même un éloge qui soit exagéré, en flattant sa vanité, en feignant des sentiments qu'il n'a pas. Bien qu'il y ait tromperie, allégation de faits faux, il n'y aura là que séduction simple ; c'est une tromperie qui est, si l'on peut ainsi s'exprimer, inhérente à la séduction elle-même » (1). Puis l'auteur définit les manœuvres frauduleuses en citant un certain nombre d'hypothèses, que nous avons envisagées dans la page précédente, et il conclut : « On dira donc, d'une façon générale, que la manœuvre frauduleuse a principalement pour objet de circonvenir ou de tromper l'intelligence, tandis qu'il n'y a que séduction simple, lorsque le séducteur s'est borné à tenter d'obtenir l'affection de la femme » (2). Combien tout cela est vague, arbitraire et humainement faux ! Et peut-il en être autrement, quand on essaie de faire l'application pratique d'une distinction qui n'a aucun fondement dans la réalité des faits et qui, de plus, n'est pas conforme à l'équité !

La loi belge s'en remet également aux juges du soin d'interpréter l'expression « manœuvres frauduleuses ». Eux seuls peuvent apprécier avec justesse la conduite et la moralité du séducteur. Et c'est pourquoi, dans cette

(1) Leclercq, *op. et loc. cit.*, Comp. Viviani. Rapport sur la proposition Rivet. Chambre. Sess. extraord. 1900, n° 2078, p. 20 du rapport : « Le mensonge est le fond des tendresses où le séducteur se dérobe ».

(2) Voy. Van den Heuvel. Sénat, 1907, n° 189, p. 187.

hypothèse comme dans toutes celles où l'action en paternité est autorisée, l'étendue du champ d'application des réformes dépend avant tout de la plus ou moins grande rigueur avec laquelle les juges interprètent les lois.



Le moyen le plus fréquemment employé par le séducteur, pour conquérir les faveurs d'une femme et vaincre ses résistances, est assurément la *promesse de mariage*. Trop souvent la jeune fille, confiante dans la parole de son amant, enivrée par l'attrait des sens, se livre avant que l'union projetée n'ait été célébrée. Mais, son but réalisé, le brillant séducteur qui redoute les responsabilités, et n'a peut-être jamais eu l'intention ferme d'épouser la victime, s'enfuit vers de nouvelles amours. Le cas de promesse de mariage est formellement prévu par toutes les lois récentes qui ont adopté partiellement ou en totalité la solution latine du problème de la recherche de la paternité. D'ailleurs, c'est aussi dans cette hypothèse que la jurisprudence française, belge et italienne (1) accordaient le plus fré-

(1) Les décisions de jurisprudence qui ont accordé des dommages-intérêts à la fille-mère séduite par une promesse de mariage, sont très nombreuses. Nous ne citons que les principales : Caen, 6 juin 1850. D. 55.2.177. Paris, 19 janvier 1865. D. 65.2.21. Dijon, 20 déc. 1867. D. 68.2.48. Cass. 17 mai 1870. D. 71.1.52. Orléans, 2 mars 1881. D. 82.2.244. Bourges, 6 juin 1881. D. 82.2.117. Cass., 25 fév. 1890. D. 90.1.412. Dijon, 27 mai 1892. D. 93.2.541. Douai, 18 mars 1895. D. 95.2.351. Bordeaux, 11 mars 1896. S. 98.2.141. Cass., 14 avril 1902. *Gaz. des Trib.*, 16 avril 1902. Seine, 6 fév. 1905. *Gaz. Pal.* 05.1.469. Lyon, 23 janv. 1907. D. 1908.2.73. Cass. 2 déc. 1907. D. 1908.1.201. Chambéry, 17 mars 1908. D. 1909.2.263. Cass., 17 juillet 1911. S. 1911.1.440. Bourg, 23 avril 1912. *Loi* 30 avril 1912.

En Belgique : Gand, 25 nov. 1882. D. 84.2.136. Bruxelles, 31 juillet 1893. *Pas.* 1894.3.16. Bruges, 18 mai 1896. *Pas.* 1896.3.229. 19 mars 1897. *J. des Trib.* p. 518. Anvers, 12 fév. 1896, *J. Trib.* 1897, p. 21. Bruxelles, 13 juin 1902. *Pand. périod.* n° 1064. Huy, 16 mars 1903. *Pand. périod.*, n° 824. Liège, 19 janv. 1904. *Pas.* 1904.3.106. Anvers, vers, 18 juin 1910. P. 1910.3.381

En Italie : Turin, 8 déc. 1895. Florence, 24 janvier 1901. Rome,

quemment des dommages-intérêts à la fille séduite. Au reste, il est évident que c'est la jurisprudence qui a inspiré sur ce point les dispositions de ces diverses lois, et particulièrement de la loi française (1).

Dans la plupart des législations modernes, la promesse de mariage ne produit aucun effet juridique, elle n'a pas de valeur en droit (2). Il est curieux de constater que, renouant la tradition de l'ancien droit, les lois récentes reconnaissent au moins indirectement des effets juridiques à la promesse de mariage. L'innovation est, au contraire, beaucoup moins sensible en Suisse. C'est qu'en effet dans les cantons sauvages de ce pays montagneux les plus vieilles coutumes sont restées en vigueur jusqu'à nos jours. Elles étaient parfois encore si vivaces dans l'esprit des habitants, que le législateur fédéral n'a pu les abroger toutes. Ainsi les fiançailles ont toujours joué dans le droit germanique un rôle prépondérant. « Elles ne sont pas seule-
« ment une sorte de temps d'épreuve pendant lequel cha-
« cune des parties conserve le droit, s'il lui plaît, de renon-
« cer à un projet qui n'était pas encore arrêté, mais bel
« et bien un engagement sérieux et définitif » (3). D'où il suit que la rupture des fiançailles donne lieu à des dom-

6 mars 1893. Naples, 6 et 8 février 1905. Voy. Gabba. *La dichiarazione della paternità illegittima* dans *Nuove questioni di diritto civile*. Vol. II, 1906, p. 293 et suiv.

Les projets italiens Gianturco et Scialoja prévoient un cas spécial de séduction : c'est celui où le mariage a été uniquement célébré dans les formes religieuses et où l'enfant a été conçu pendant la cohabitation des père et mère. Ce genre de séduction est, paraît-il, très fréquent en Italie : beaucoup de filles du peuple, ignorantes, se contentent d'une union consacrée par une simple cérémonie religieuse ; elles se croient légalement mariées et se livrent de bonne foi à leurs séducteurs qui, bientôt lassés d'elles, les abandonnent avec leurs enfants. Voy. Torre de Lavagna, *op. cit.*, p. 106 et suiv.

(1) Rapport au Sénat français, 1908, n° 369 p. 24.

(2) Voy. Planiol, t. I, n°s 788 et suiv.

(3) Rossel et Mentha. *Manuel du D. civ. suisse*, t. I, p. 15.

mages-intérêts (1) dont le taux peut atteindre jusqu'à 20.000 francs, comme dans le canton de Zurich. Bien plus, le mariage étant conclu et décidé en principe, la célébration du mariage apparaît « comme une simple cérémonie « regardant moins les fiancés eux-mêmes que le public « et le bon ordre » (2). Dès lors une grande intimité s'établit entre les futurs époux dès le jour des fiançailles ; les relations sont d'ordinaire, paraît-il, très correctes ; mais s'il arrive quelque accident, l'opinion les juge avec une extrême indulgence. Aussi les enfants nés de fiancés, les « Brautkinder » sont-ils tenus pour légitimes dans nombre de cantons (3), ou tout au moins peuvent être légitimés par autorité de justice quand le mariage de leurs parents n'a pu avoir lieu par suite du décès de l'un d'eux (4). Dans certains cantons, le fiancé survivant a même un droit de succession *ab intestat* (1/10 à Zurich, 1/3 dans le canton de Glaris). A Fribourg, l'individu qui refusait de tenir une promesse de mariage faite par écrit et devant deux témoins était voué au mépris public et banni de la commune (5).

Il y a dans ces vieilles coutumes si originales comme un souvenir de la pratique antérieure au Concile de Trente d'après laquelle l'union devenait valable par la seule consommation (copula carnalis) du mariage, lorsque les consentements avaient été échangés en présence des deux

(1) La jurisprudence française alloue également des dommages-intérêts pour rupture injustifiée d'une promesse de mariage, quand cette rupture a été de nature à causer à la fiancée un préjudice matériel ou moral. V. Bordeaux, 8 mai 1900.1.238. Cass. 12 nov. 1901. D. 1902. 1. 46.

(2) Rossel, *loc. cit.*

(3) Zurich, P. G., art. 686-689. Schaffouse P. G. art. 266. Glaris P. G. 175 et 200. Thurgovie. P. G. art. 204. — Cf. C. civ. saxon, article 1578, 1661, 1809. Saxe Altenbürg, loi 13 janv. 1869. Saxe Weimar, loi 6 avril 1833, art. 16, 26. Reuss (branche cadette) loi du 10 déc. 1853, art. 17; 28. L'idée est déjà abandonnée en Allemagne par la loi prussienne du 24 avril 1854.

(4) Grisons. C. civ. art. 84. Vaud et Fribourg.

(5) Fribourg, *Ordonnance contre l'impureté*, 1764 (art. 13).

familles ; la bénédiction nuptiale ne constituait qu'une cérémonie accessoire (1).

Le Code civil suisse a suivi cette tradition en ce sens qu'en cas de séduction par promesse de mariage, il ouvre à l'enfant une action en paternité avec conséquences d'état et il accorde à la mère des dommages-intérêts en réparation du préjudice moral subi (2). Mais il comprend d'une façon très large la notion originellement très précise des « Brautkinder ». Ceux-ci ne jouissent plus aujourd'hui d'aucun privilège. Cependant le législateur fédéral a reconnu le droit d'être légitimés par autorité de justice aux enfants nés de personnes qui se sont promis le mariage, mais qui n'ont pu le célébrer par suite du décès de l'un des fiancés ou de la perte de la capacité requise pour contracter mariage (3).

A quelles conditions une promesse de mariage peut-elle être considérée comme constituant un mode de séduction frauduleuse susceptible de donner lieu à une action en recherche de paternité ? Il est certain que la promesse de mariage n'a pas besoin d'être valable en droit. Peu importe qu'elle ait été faite par un incapable, par un mineur, sans le consentement de ses parents. En Suisse, où cette question offre un intérêt spécial, on distingue la simple promesse de mariage (Eheversprechen) et les fiançailles (Eheverlöbnisz) (4). Cette dernière institution, à laquelle les législations cantonales, nous venons de le voir, prêtaient des effets juridiques, suppose chez les deux parties la capacité de contracter mariage et l'échange d'une promesse valable (rechtsgültig). C'était seulement dans ce cas que l'enfant né des fiancés était un Brautkind et jouissait, à

(1) Voy. Roguin. *Le Mariage*, p. 34. Lehr. C. civ. de Zurich, introduction, p. xi. Stobbe. *Handbuch des deutschen Privatrechtes*. Vol. 4, p. 407 et notre introduction historique, pages 38 et 39.

(2) Art. 323 du C. c. suisse et 318.

(3) Art. 260 du C. c. s.

(4) Cf. art. 90 du C. c. s.

ce titre, d'un traitement de faveur (1). Les articles 318 et 323 du Code civil suisse emploient l'expression « Ehever« sprechen » qui désigne toute promesse faite par le défendeur d'épouser la mère. Il suffit donc de prouver l'existence d'une promesse à la réalisation de laquelle la femme a pu croire sincèrement et qui l'a *engagée* à se donner avec confiance à son amant. Il est naturellement inutile que la promesse ait été constatée par un officier de l'état civil; elle n'est soumise à aucune forme (2); elle peut résulter d'un engagement unilatéral, même verbal, de contracter mariage (3). Le terme de promesse de mariage doit donc être interprété dans un sens très *large* (4). Il était nécessaire de donner ces explications sur la législation de la Suisse, afin d'éviter toute équivoque (5).

Peu importe également la cause qui a empêché le mariage d'être célébré. En effet, ou bien c'est le séducteur qui s'étant servi de cette promesse de mariage pour vaincre les résistances de la femme rompt brusquement toutes relations, la mère est alors victime d'une odieuse machination, d'un véritable abus de confiance (*Vertrauensmissbrauch*) ou bien un événement fortuit, indépendant de la volonté

(1) Voy. Zurich P. G. art. 277. Schaffouse, art. 58. Thurgovie, article 25. Glaris, art. 144. Loi sur l'état civil et le mariage, art. 26, 28. Schneider. *Commentaire du Code civ. zurichois* ad art. 686 n° 1 et *Matrimonialgesetz* (ancienne loi zurichoise sur le mariage), art. 143.

(2 et 3) Voy. Rossel et Mentha, *op. cit.* I, p. 384.

(4) Commiss. d'experts (Protocole), p. 393. — Peyer, *op. cit.*, p. 130 et 131. — Rossel et Mentha, t. I, *loc. cit.*

(5) Le Conseil des Etats a supprimé une disposition du projet du Conseil fédéral (art. 328) aux termes de laquelle la promesse de mariage émanée d'un mineur ne peut servir de fondement à une déclaration de paternité qu'autant que le défendeur était capable de discernement (*urteilsfähig*). Cette exigence parut en effet inutile et dangereuse. Mais certains auteurs continuent à réclamer le consentement du représentant légal du mineur pour la validité de la promesse. Peyer, *op. cit.*, p. 131. Cette opinion nous paraît erronée, car la valeur juridique de la promesse importe peu : il s'agit seulement de savoir si elle a été prise au sérieux par la femme et si elle a pu l'amener à se livrer, avant l'union qu'elle croyait prochaine.

Curti Forrer, ad art. 318, note 3. Egger, ad art. 318, note 2 a.

des parties, par exemple la mort, met soudain un obstacle irréductible à la réalisation de la promesse; il serait inique que, dans ce cas, la mère et l'enfant fussent victimes d'un coup malheureux de l'aveugle destinée (1 et 2).

Une dernière question importante à examiner est celle de savoir s'il est nécessaire que la promesse de mariage ait *précédé* la conception. La logique impose une réponse affirmative. On considère en effet que c'est la promesse qui a été la cause déterminante de l'abandon de la mère; celle-ci, s'étant fiée à la parole de son amant, s'est livrée avant la réalisation d'une union qu'elle croyait certaine. Et, de fait, la jurisprudence antérieure aux réformes de l'article 340 et les lois nouvelles sur la recherche de la paternité réclament cette condition d'antériorité de la promesse de mariage à la conception (3). Cependant, en Suisse, la question est vivement controversée. L'article 323 du Code civil suisse ne résout pas expressément ce point spécial. Mais si l'on consulte les travaux préparatoires, il semble que le problème ait été résolu dans le sens de la négative. En effet, l'article 347 de l'avant-projet ne contenait aucune disposition sur ce sujet. A la commission d'experts M. Meili fit voter l'idée de l'antériorité de la pro-

(1) Le canton de Vaud exigeait cependant qu'il y ait eu impossibilité absolue de réaliser le mariage. Loi du 31 août 1875, art. 181 du C. civ. vaud.

(2) Voy. Peyer, *op. cit.*, p. 130.

(3) Cf. Bourges, 6 juin 1881. D. 82.2.244. Dijon, 27 mai 1892. S. 1892.2.197. Paris, 20 nov. 1902. *Le Droit*, 6 mars 1903. Rouen, 4 nov. 1905. *Gaz. Pal.*, 1905.2.639. Lyon, 23 janv. 1907, *déjà cité*. Chambéry, 17 mars 1908, *déjà cité*. Riom, 29 déc. 1909. *Gaz. Trib.*, 19 avril 1910. Rennes, 20 avril 1910. *Rec. Cour de Rennes*, 1910, p. 192. Cass. 17 juill. 1911, *déjà cité*. Bourg, 23 avril 1912. *Loi*, 30 avril 1912. Meaux, 28 déc. 1912. D. 1913.2.334. Aurillac, 5 mars 1913. D. 1913.2.334. Seine, 13 juin 1913. D. 1913.2.340. Marseille, 9 oct. 1913. *Le Droit*, 13 déc. 1913.

Belgique, Termonde, 11 déc. 1886. *Pas.* 1887.3.84. Bruxelles, 31 octobre 1889. *Pand. périod.* 1900, n° 879. Namur, 17 juillet 1889. *Pas.* 1890 p. 11. Liège, 13 mai 1896. *Pas.* 1896, p. 372. Bruxelles, 11 juillet 1889. *Pand. périod.* n° 1444. Liège, 12 fév. 1910. *Pas.* 1911.2.92. Cf. Wiener, Sénat belge 1907, n° 192, p. 190, 1^{re} col. Leclercq. *op. cit.*, n° 37, p. 37.

messe (vor der Beiwohnung) (1). Cette théorie fut adoptée par le projet du Conseil fédéral (art. 328). Mais elle fut abandonnée sur la proposition de la commission du Conseil national (2), et l'on aboutit à l'article 323 actuel qui est neutre sur la question. Certains auteurs en concluent que la condition de l'antériorité de la promesse de mariage n'est pas exigée par la loi (3). Cette solution est assurément peu logique, d'autant moins que l'article 318 du Code civil suisse impose cette même condition (vor der Beiwohnung) quand il s'agit d'accorder à la mère une indemnité à titre de réparation morale. D'ailleurs les célèbres juristes suisses Rossel et Mentha n'hésitent pas à dire que « la promesse de mariage doit avoir précédé la cohabitation dont elle est considérée comme la cause déterminante : une promesse de mariage ultérieure n'aurait pas le même effet » (4).

Un autre cas malheureusement très fréquent de séduction frauduleuse consiste dans l'abus que fait un patron, un maître, pour contraindre à la cohabitation la femme placée sous ses ordres. Aucun législateur ne nous donne de définition de l'*abus d'autorité*. Mais, comme le disait le rapporteur au Sénat français, il y a des mots qui n'ont nul besoin d'explication (5). L'abus d'autorité est une expression que tout le monde comprend. Il constitue l'une des plus grandes tares de la vie moderne, où la création et le développement des grands magasins, le nombre toujours croissant de femmes employées dans l'industrie et le commerce favorisent et multiplient dans d'effroyables proportions le crime odieux qu'est l'abus d'autorité. S'il est un acte qui révolte la conscience et inspire le dégoût, c'est bien celui de l'homme qui abuse lâchement des pouvoirs que lui confère sa position sociale pour amener sa

(1) *Comm. d'experts Protoc.*, p. 393, 396.

(2) *Bulletin* XV, pp. 776, 782.

(3) En ce sens Egger ad art. 323, note 3. — Arthur Curti. Schweizer. Zivilrecht, p. 156, 3^a. — H. Robert, *op. cit.*, p. 289, 290.

(4) Rossel et Mentha, t. I, p. 384. — Curti Forrer ad art. 323, note 3.

(5) *Sénat. Déb. J. Off.*, 12 nov. 1910, p. 1734, 3^e col.

servante, son employée, son élève à se livrer à lui. Cependant la Chambre des Représentants partageant sur ce point les craintes de M. le Ministre de la Justice Van den Heuvel, s'était refusée à permettre dans ce cas la recherche de la paternité. La mention de l'abus d'autorité lui paraissait à la fois superflue et dangereuse. On faisait rentrer cette hypothèse dans le cas général de manœuvres frauduleuses. D'autre part ne serait-on pas amené à penser que toute séduction exercée par une personne ayant autorité sur une femme constituerait un abus d'autorité ? « On finirait, disait M. Van den Heuvel, par classer tous les citoyens en deux catégories : ceux qui ont une certaine autorité, et ceux qui n'en ont pas. Les uns seraient à l'abri du danger ; ils échapperaient à des recherches vexatoires ; mais les autres se trouveraient exposés sans aucune protection légitime, à toutes les tentatives de chantage » (1). Ne faudrait-il pas s'attendre aux plus graves abus, et si le sort de l'employé mérite toute la sollicitude du législateur, il ne convient pas de livrer l'employeur aux poursuites les plus éhontées et aux machinations de la mauvaise foi ? (2) Et l'on évoquait à l'appui de cette thèse les souvenirs de l'ancien régime où la servante qui devenait enceinte dans la maison de son maître était présumée l'être des œuvres de celui-ci (3). Nous savons déjà quelle est la valeur de ce dernier argument. Un grand nombre d'orateurs parmi lesquels MM. Carton de Wiart, Vandervelde, Pirard, Wiener insistèrent à maintes reprises pour faire sanctionner par la loi l'abus d'autorité. Ils n'eurent pas de peine à prouver qu'il était malheureusement très fréquent dans les usines, les ateliers, les grands magasins. « Quiconque a approfondi ce problème moral si angoissant de l'enfant naturel, disait M. Carton de Wiart, sait que l'abus d'autorité en matière de séduction joue un très grand rôle. La vie de tous

(1) Van den Heuvel, Chambre 1906, n° 33, p. 35.

(2) Van den Heuvel *eod.*, *loc.* et Sénat 1907, n° 189, p. 187, 188. — Braun, n° 189, p. 186, 2° col.

(3) Sénat, 1907, n° 187, p. 184, 2° col.

« les jours nous en offre la preuve » (1). Cependant, malgré les efforts répétés d'un grand nombre d'orateurs, la Chambre des représentants rejeta en première et en deuxième lecture l'amendement de M. Carton de Wiart relatif au cas d'abus d'autorité (2). Mais les controverses s'aplanirent d'elles-mêmes dès qu'il ne fût plus question d'attacher à l'action dans le cas de séduction dolosive que des effets pécuniaires (3). Les effets sont moindres ; la recherche est plus largement autorisée. La loi sociologique de balancement entre les effets et les preuves trouve ici une de ses plus frappantes applications. Ainsi l'article 340 *b* 4° de la loi belge du 6 avril 1908 mentionne, ainsi que les autres lois récentes, le cas d'abus d'autorité (4).

La résistance opposée en Belgique sur ce point a eu cet heureux effet de provoquer quelques éclaircissements précieux sur la notion d'abus d'autorité. Ainsi l'on parvint à la définir en l'opposant aux manœuvres frauduleuses avec lesquelles M. Van den Heuvel s'obstinait à la confondre (5). Les manœuvres frauduleuses, ce sont tous les moyens mis en œuvre par un homme pour parvenir à séduire une femme, le dol, la mauvaise foi, la tromperie. L'abus d'autorité est chose fort différente. Il implique d'abord l'idée de supériorité, d'autorité (*Überordnung*) d'une part, d'infériorité (*Unterordnung*) de dépendance (*Abhängigkeit*).

(1) Carton de Wiart, Chambre 1906, n° 31, p. 32, 2° col. Vander velde n° 40, p. 43, 1° col. Wiener, Sénat, 1907, n° 192, p. 190, 1° col.

(2) Chambre belge 1906, n° 59, p. 59, 1° col.; n° 79, p. 109, 1° col.

(3) Voy. l'attitude nouvelle de M. Van den Heuvel, Sénat, 1907, n° 189, p. 187, 188.

(4) C'était d'ailleurs l'un des cas où la jurisprudence accordait à la fille-mère des dommages-intérêts. Cf. Dijon, 1^{er} déc. 1868. D. 68.2.248. Nîmes, 21 déc. 1875. D. 76.2.206. Bourges, 6 juin 1881. D. 82.2.117. Paris, 16 mars 1892. D. 93.2.541. Lyon, 30 mai 1895. D. 96.2.278. Nîmes, 19 mars 1901. S. 1902.2.207. Rouen, 6 mai 1905. D. 1908. 2. 246. Chambéry, 17 mars 1908. D. 1909.2.263. Alger, 13 février 1908. D. 1909.2.5. Toulouse, 15 déc. 1910. *La Loi*, 8 avril 1911.

(5) Voy. Chambre belge 1906, n° 51, p. 52. Sénat 1907, n° 192, p. 190.

verhältnis) d'autre part (1). Naturellement il n'est pas nécessaire qu'il existe un lien légal entre les deux personnes (par exemple un tuteur et sa pupille). Il suffit d'un pouvoir de fait : patron, maître de maison, contre-maître, gérant, préposé, chefs d'institutions, surveillants, ecclésiastiques, directeurs et servantes, employées, domestiques, élèves, etc... (2). Il importe peu également que l'abus soit ou ne soit pas réprimé par la loi pénale, que l'autorité découle du droit des obligations ou du droit public (3).

Mais il ne suffit pas que le séducteur ait autorité sur la femme pour qu'on puisse dire, en cas de relations charnelles entre eux qu'il y a eu abus d'autorité. En effet, la femme peut s'être volontairement donnée et avoir librement consenti à ces rapports intimes. Il faut, de plus, que l'homme use illégitimement de cette autorité dans le but de vaincre la résistance de la femme et de la contraindre à se livrer. « *Il faut que l'autorité ait réellement abusé de sa situation* » (4). Il convient de bien spécifier que la seule qualité d'employeur ne doit pas exposer la personne qui en est investie à se voir reprocher des faits de séduction simple, c'est-à-dire des faits qui n'impliquent pas l'abus d'autorité. Il ne faudrait pas que l'incrimination d'abus d'autorité devînt un instrument de vexation, d'inti-

(1) Cf. Egger ad art. 318, note 2 c. — Wiener, Sénat belge 1907, n° 192, p. 190, 1^{re} col. — Guillier, Rapport au Sénat français 1908, n° 369, p. 23.

(2) Curti Forrer ad art. 318, note 6. — Voy. L. Martin, Sénat. Déb. J. Off., 12 nov. 1910, p. 1732, 3^e col.

(3) Peyer, *op. cit.*, p. 131. — Rossel et Mentha, *op. cit.*, I, p. 384.

(4) Voy. Van den Heuvel, Sénat 1907, n° 189, p. 188, 1^{re} col. Leclercq, *op. cit.*, n° 39, p. xxxix. Galopin, *op. cit.*, n° 62, p. 45. Curti Forrer ad art. 318 C. c. S. note 7. D'ailleurs la jurisprudence antérieure aux lois récentes sur la recherche de la paternité exigeait que l'homme ait eu recours à sa force, à son autorité, pour amener la femme à se livrer à lui. Il n'y a pas abus d'autorité par ce seul fait qu'un homme a autorité sur une femme. Cela va de soi, et cependant la remarque vaut la peine d'être faite. Cf. Bourges, 6 juin 1881, déjà cité. Paris, 21 juin 1892. D. 93.2.559. Seine, 26 fév. 1895. *Gaz. Pal.*, 95.2.399.

médiation contre le patron qui aurait fourni le moindre prétexte à la malignité de son personnel. Ce ne serait plus alors le maître, mais l'employée qui abuserait de la situation (1). Ces considérations, issues d'une mauvaise interprétation du texte, avaient particulièrement ému les membres de la Chambre belge.

L'abus d'autorité (*Miszbrauch der Gewalt*) (*abusato dei rapporti di potestà*) ne se caractérise pas toujours par l'emploi de la violence, de la force brutale. C'est un contre-maître, un patron qui cherche à amener une personne servant sous ses ordres à se livrer à lui. Si celle-ci refuse de céder à ses sollicitations, il pourra recourir à tout un système de tracasseries, de méchancetés et de persécutions qui n'ont pas le caractère accusé de menaces, mais qui de fait constituent des abus d'autorité réelle et qui amènent très souvent la pauvre fille à céder, parce qu'elle a besoin de gagner sa vie et qu'elle craint d'être renvoyée ou de subir sur son salaire déjà si minime des retenues ou des amendes. Il ne faut pas que cette malheureuse, victime d'un monstrueux abus de pouvoir, se trouve dans l'impossibilité de poursuivre son infâme séducteur (2) parce qu'elle aura succombé, non pas à la suite de menaces et de violences physiques, mais à la suite de manœuvres plus perfides et plus sournoises. D'ailleurs, les faits sont soumis à la libre appréciation des tribunaux.

*
**

Mais venons à la question la plus importante de tout ce chapitre : par quels *modes de preuve* le demandeur est-il admis à établir l'existence des faits de séduction frauduleuse ? Ces actes constituant des délits ou des quasi délits,

(1) Braün. Sénat belge n° 189, p. 186, 1^{re} col.

(2) Cf. discours de MM. Pirard, Chambre 1906, n° 51, p. 52, 2^e col. Carton de Wiart n° 31, p. 32, 2^e col. Vandervelde n° 40, p. 43, 1^{re} col. Wiener, Sénat 1907, n° 192, p. 190. Comp. Guillier. Sénat franç. Déb. *J. Off.*, 15 juin 1910, p. 1509. Autun, 13 mai 1913. D. 1913.2.338.

la preuve peut en être rapportée par toutes les voies de droit, en particulier par la preuve testimoniale sans aucune restriction. Cette solution a du moins été admise par la loi belge, le Code civil suisse et les projets italiens Gianturco et Scialoja. Par contre la loi française et l'ordonnance monégasque exigent qu'il existe de ces faits de séduction dolosive *un commencement de preuve par écrit*. C'est là une grave restriction à la liberté de la preuve testimoniale, qui mérite de retenir notre attention. L'ordonnance monégasque est visiblement inspirée du projet français Rivet et Béranger, du 28 janvier 1905. Elle reproduit donc fidèlement la rédaction de l'article 1^{er}-2^o de cette proposition de loi. Elle y ajoute cependant un trait original. Le demandeur est également admis à prouver la séduction dolosive « lorsque ces faits ont donné lieu à une « condamnation pénale » article 236-4^o. Cette dernière disposition fait allusion à la condamnation pénale qui frappe à Monaco la séduction frauduleuse pratiquée vis-à-vis de jeunes filles mineures (Ordonnance du 6 juin 1906).

En France, la question est particulièrement intéressante à étudier. Car elle a donné lieu à une lutte ardente et à de très vives critiques. Le n^o 2 de l'article 1^{er} de la proposition de loi adoptée en 1908, par la commission sénatoriale, était ainsi rédigé : « 2^o Dans le cas de séduction....., « et s'il existe de ces promesses de fiançailles ou de mariage une preuve par écrit dans les termes de l'art. 1347 « du Code civil autorisant la preuve testimoniale ». Le projet faisait donc un départ entre le cas de manœuvres frauduleuses, abus d'autorité et le cas de promesse de mariage ou de fiançailles. Dans la première hypothèse, nous nous trouvons en face de faits délictuels qui ne sont qu'une variété du dol » (1), qui constituent un « quasi délit » (2). Ils doivent donc pouvoir être prouvés par les moyens ordinaires de preuve, spécialement par témoins. Les tribunaux

(1) Guillier. Sénat. Déb. J. Off., 15 juin 1910, p. 1509. Rapport au Sénat 1908, n^o 369, p. 23.

(2) Guillier. Sénat. Déb. J. Off., 12 nov. 1910, p. 1734, 2^e col.

rechercheront tous les éléments de la séduction, pèseront toutes les circonstances de la cause. Ils jouiront, pour cet examen, d'un large pouvoir d'appréciation. « C'est l'application pure et simple du principe général posé par l'article 1353 du Code civil qui abandonne les présomptions « aux lumières et à la prudence des magistrats, toutes les « fois qu'un acte est attaqué pour cause de fraude ou de « dol » (1).

Au contraire, s'il s'agit d'une séduction réalisée à l'aide d'une promesse de mariage, il paraît logique que celui qui invoque une promesse en fournisse la preuve dans la forme où sont prouvés tous les engagements, c'est-à-dire par écrit, ou à l'aide d'un commencement de preuve (2) par écrit. « L'idée de promesse se concilie sans peine avec « l'idée d'écrit ; seule la pièce manuscrite permet d'apprécier la portée des engagements invoqués » (3). Ce système, basé sur une argumentation juridique conforme à l'avis de la jurisprudence, présentait aux yeux de ses auteurs le double avantage de permettre la liberté de la preuve testimoniale dans les cas de manœuvres frauduleuses et d'abus d'autorité dans lesquels les écrits sont très rares, et en même temps d'éviter qu'on pût fonder une action aussi sérieuse qu'une revendication d'état sur des promesses de mariage futiles, incomprises ou dénaturées.

C'est sur cette question de preuve que le débat le plus vif s'engagea au Sénat. Les adversaires du système de la commission n'essayèrent point d'ébranler l'échafaudage juridique du rapporteur. Ils ne firent que se retrancher derrière l'article 341, qui autorise de façon générale la recherche de la maternité, mais n'admet la preuve testimoniale que s'il existe un commencement de preuve par écrit. On devine la conclusion de ce raisonnement. C'est M. Jeaneney qui nous l'expose : « Comparez les deux situations, « dit-il, la loi a exigé un commencement de preuve par « écrit pour qu'on puisse faire entendre les témoins quand

(1) Guillier, Sénat. Déb. *J. Off.*, 15 juin 1910, p. 1509. Rapport au Sénat 1908, n° 369, p. 23.

(2) Guillier, Sénat. Déb. *J. Off.*, 15 juin 1910, p. 1509.

(3) Rapport au Sénat 1908, n° 369, p. 26.

« il s'agit d'établir des faits matériels susceptibles de constatations directes et certaines, comme ceux qui révèlent la maternité. Serait-il raisonnable de ne point avoir pour le moins les mêmes exigences quand il s'agit d'établir des faits de nature aussi mystérieuse, échappant autant aux investigations que ceux de la conception et de la paternité ? » (1). Il est inutile de faire remarquer la faiblesse de cette argumentation. On nous propose de calquer l'organisation de la recherche de la paternité sur un texte écrit à une époque où cette recherche a été rayée de nos lois et où de façon générale les recherches de filiation naturelle étaient traitées avec défaveur par le législateur. Aujourd'hui, dit très justement M. Guillier, nous voulons réformer cette législation. « Ce sont d'autres principes que nous voulons introduire dans nos lois. Si nous voulons donc réellement aux filles séduites et surtout aux malheureux enfants qu'elles ont mis au monde, une protection efficace, il faut leur permettre de prouver par tous les moyens en leur pouvoir le dol, la fraude, la violence dont elles ont eu à souffrir » (2). De plus, il semble bien que l'article 341 n'a exigé le commencement de preuve par écrit que pour la preuve de l'identité du demandeur avec l'enfant dont la femme est accouchée; quant à l'accouchement même qui est un fait matériel, la preuve par témoins doit être admise en l'absence de toute disposition contraire (3).

La vérité c'est que cet argument tiré de l'article 341 n'est qu'un argument de façade. A la théorie juridique proposée par la commission, il fallait opposer quelque article de loi. La vraie raison de l'amendement Girard réside dans la crainte du chantage et du scandale. Il suffit, pour s'en convaincre, de lire les débats parlementaires. D'ailleurs la lecture des travaux préparatoires de la loi belge est également très édifiante sur ce point (4). Le souci du Sénat

(1) Jeanneney, Sénat. Déb. parl. *J. Off.*, 15 juin 1910, p. 1510.

(2) Guillier, *eod. loc.*

(3) Cf. Wahl, *loc. cit.*, n° 25, p. 27.

(4) Voy. notre travail, page 199 et suiv.

français — comme celui de la Chambre des Représentants belge — était d'éviter les erreurs, de prévenir les fraudes, de déjouer les pièges. Si l'on voulait faire une réforme utile et juste, il fallait « rester dans la prudence et le bon sens », ainsi que le recommandait M. le garde des Sceaux (1). Celui-ci, qui joua un rôle décisif dans la discussion, sut toucher au vif l'assemblée par un exemple très frappant. Voici dans une ferme deux domestiques, un homme et une femme qui ont des relations. Un enfant naît de celles-ci. « Est-ce que j'imagine une hypothèse invraisemblable ou est-ce que je rappelle au contraire un fait précis resté dans mes souvenirs, en disant qu'il est possible que les deux domestiques s'entendent pour déclarer que c'est précisément le maître qui est le père de l'enfant ? » (2). Que de scandales, que d'erreurs judiciaires en perspective, que d'excellentes aubaines pour les intrigantes et les agences de chantage ? Songeons donc avant tout aux garanties, déclara le Sénat, et il exigea dans tous les cas de séduction qualifiée la production d'un commencement de preuve par écrit.

Par deux fois le rapporteur et ses partisans revinrent à la charge pour faire supprimer ce texte ; mais le Sénat confirma par un deuxième vote sa première décision (3). M. Guillier s'étonna, non sans raison, de la défiance que témoignait M. le Garde des Sceaux à l'égard des magistrats et qui lui faisait croire que dans le cas cité par lui, ceux-ci déclareraient sans examen la paternité du maître. Cette cause est suspecte. Les juges n'ont-ils pas, de par la loi même, le droit et le devoir de peser les témoignages, de rapprocher les faits révélés, de tenir compte de tous événements portés à leur connaissance, d'exiger une corrélation entre les affirmations du demandeur et les circonstances de la cause ? (4).

(1) Garde des Sceaux. Déb. parl. *J. Off.*, 15 juin 1910, p. 1510.

(2) Garde des Sceaux, *loc. cit.*

(3) Sénat. Déb. parl. *J. Off.*, 12 nov. 1910, p. 1735.

(4) Guillier. Sénat. Déb. *J. Off.*, 15 juin 1910, p. 1511.

Mais de plus, si troublante qu'elle soit, l'hypothèse imaginée par M. le Garde des Sceaux n'est-elle pas tout à fait exceptionnelle ? Elle est possible certes, mais fort rare. Or, « la loi ne doit pas statuer en vue des *exceptions* » (1). Le cas normal, malheureusement trop fréquent, c'est l'abus d'autorité commis par un patron, qui se garde bien de laisser aucune preuve écrite de son ignoble conduite. Le fait indéniable, le fait d'expérience et de vérité, est que c'est « la vertu, la sécurité de la servante qu'il faut protéger et « non celle du maître ; car c'est celle-là surtout qui est en « péril » (2). Or, particulièrement dans les cas où la femme est victime d'un abus d'autorité, elle ne pourra presque jamais produire le commencement de preuve exigé par la loi. Croit-on vraiment que, quand un patron veut commettre cette infamie, il appelle auparavant le notaire, il convoque avec toute la publicité des formes, deux témoins pour constater les propositions qu'il fait à l'ouvrière en lui promettant une situation meilleure ou pire à l'atelier ? (3). Il se gardera bien d'écrire quelque lettre compromettante, et si parfois il en était tenté, la loi nouvelle se chargerait de lui faire observer une conduite prudente, à moins de lui supposer cette rare naïveté que lui prête si obligeamment M. le Garde des Sceaux (4). « Ainsi tous les abus d'autorité « domestiques, et c'est ce qu'il y a de plus grave, dans l'atelier, à l'usine, seront *couverts* par la disposition adoptée « dans la loi » (5).

Les effets de la loi nous semblent donc fortement entravés par cette exigence du commencement de preuve par écrit. MM. Guillier et Martin l'ont dit et redit à la tribune du Sénat : « Admettre le commencement de preuve par écrit « c'est implicitement refuser à la fille séduite la possibilité « de demander à celui qui l'a trompée la réparation de

(1-2) L. Martin. Déb. J. Off., 12 nov. 1910, p. 1733, 3^e col.

(3) L. Martin *eod loc.*

(4) Garde des Sceaux. Sénat. Déb. J. Off. 11 nov. 1910, p. 1733, 2^e col.

(5) L. Martin. Sénat. Déb. J. Off., 15 juin 1910, p. 1509.

« ses coupables agissements »(1). On a ainsi ouvert en principe, pour satisfaire l'équité, l'action en recherche de paternité dans le cas de séduction frauduleuse, mais on a eu soin qu'en fait elle ne puisse jamais ou presque jamais être exercée. « La preuve par la séduction, dit M. Wahl, ne paraît avoir été admise qu'à raison de la conviction où l'on était qu'elle ne jouerait pas » (2). Le rapporteur au Sénat le disait en termes exprès : « Non, Messieurs, la preuve écrite de ces faits n'existera jamais. Admettre l'amendement de M. Girard, c'est *ray*er de la loi le cas de séduction réalisée à l'aide de manœuvres dolosives ou d'abus d'autorité ; c'est exiger une preuve *impossible* à rapporter » (3). Et au Sénat belge où l'on proposait d'adopter une disposition semblable à celle de la loi française, M. Wiener protestait en des termes identiques : « Dites plutôt qu'après avoir entr'ouvert à cet enfant la porte de l'action alimentaire, vous la lui fermez tout aussitôt en lui imposant une preuve *impossible* à faire » (4).

Ainsi sur ce point la loi française de 1912 paraît avoir complètement manqué son but. Mais de plus elle a commis une grave *hérésie* juridique. Tous les agissements du séducteur, toutes ses manœuvres constituent des délits ou des quasi délits, comme le disait le rapporteur. Ce sont des faits purement matériels. Or, c'est méconnaître les principes les plus élémentaires de notre droit que d'exiger en cette matière une preuve par écrit. Il est de règle que le dol peut être établi par tous les moyens. C'est le droit commun, on a tout simplement violé l'article 1348 du Code civil qui dispense de la preuve par écrit le créancier qui n'a pu se procurer une littérale de l'obligation contractée envers lui. Cette règle exceptionnelle s'applique en particulier

(1) Guillier. Sénat. Déb. parl. *J. Off.*, 15 juin 1910, p. 1510. Cf. 12 nov. 1910, p. 1734, 2^e col.

(2) Wahl, *loc. cit.*, n° 25, p. 28. Dans le même sens Lavollée, *op. cit.*, p. 304, 305.

(3) Guillier. Sénat. Déb. *J. Off.* 15 juin 1910, p. 1509. Cf. 11 nov. 1910, p. 1725.

(4) Wiener. Sénat belge 1907, n° 192, p. 190, 1^{re} col.

aux obligations qui naissent de quasi délits, de délits et de quasi contrats. L'argument tiré de cet article a d'ailleurs été produit à la tribune du Sénat (1). « En cette matière « (délits et quasi délits), dit Baudry-Lacantinerie, avec la « grande majorité des auteurs, l'exception que formule « l'article 1348 est vraie d'une manière absolue » (2).

Nous n'admettons pas davantage la distinction que faisait le rapporteur entre la séduction par promesse de mariage et la séduction par abus d'autorité au point de vue des modes de preuve. Pourquoi faire cette différence ? La séduction par promesse de mariage présente-t-elle des caractères propres, est-elle distincte des manœuvres dolosives ou, au contraire, n'est-elle pas, comme le disait le rapporteur lui-même, une variété, une modalité de la séduction frauduleuse, de la séduction par manœuvres dolosives, qui est le terme générique ? D'après ses propres termes, elle est un « quasi contrat » ; mais puisqu'il dispensait du commencement de preuve par écrit le demandeur invoquant un abus d'autorité ou des manœuvres frauduleuses, qui sont des quasi délits ou des délits, pourquoi n'appliquait-il pas à la promesse de mariage ce même article qui s'étend aux quasi contrats ? Au fond, bien qu'elle soit en contradiction manifeste avec les principes du droit, la solution admise par le Sénat est sinon plus logique, du moins plus cohérente, que celle du rapporteur : du moment que pour des motifs d'ordre pratique on jugeait nécessaire de contredire les règles juridiques, il fallait adopter une attitude nette et exiger dans tous les cas le commencement de preuve par écrit. Ou alors, et c'eût été préférable, il ne fallait l'exiger nulle part. Mais il n'y avait aucune bonne raison pour faire des différences entre des hypothèses identiques.

(1) Boivin-Champeaux. — Guillier. Sénat. Déb. *J. Off.*, 12 nov. 1910, p. 1734, 1^{re} et 2^e col.

(2) Baudry-Lacantinerie, t. II, 6^e éd., p. 381. Demolombe, t. III, n^o 33. Glasson, n^o 101. Jacquier. *Des preuves de la paternité naturelle*. Pouzol, *La recherche de la paternité*. Cf. Paris, 19 janv. 1865. D. 65.2.23.

Au reste, faut-il relever certaines expressions employées dans le rapport au Sénat (1) telles que « promessé de fiançailles » ? Quel sens peut avoir ce terme dans la langue du droit ? Les fiançailles n'ont plus aucun effet juridique d'après le Code civil. Quelle valeur a donc une simple promesse de fiançailles ? Et quelle absurdité, au point de vue juridique et pratique, de demander un « commencement de « preuve par écrit d'une promesse de fiançailles ? » On comprend sans peine que M. Louis Martin ait pu dire : « Vous bouleversez d'un seul coup tous les principes juridiques, tout ce qui nous a été appris jusqu'à l'heure présente par nos maîtres de l'Ecole de droit » (2). Ce qu'il y a de piquant dans l'affaire, c'est que M. Martin qui lançait cette apostrophe à ses adversaires (les partisans de l'amendement Girard), soutenait précisément lui-même la nécessité du commencement de preuve par écrit d'une promesse de fiançailles ! Au cours de ces débats, de chaque côté de la barricade, les combattants se reprochaient mutuellement leur ignorance juridique, car ils se rendaient également coupables des mêmes errements.

Mais le grand argument en faveur de la thèse de M. Guillier est qu'elle était conforme à une jurisprudence constante qui exige la production d'un commencement de preuve par écrit lorsque la femme prétend avoir été séduite à l'aide d'une promesse de mariage. Or, on sait que le § 2 de l'article 1^{er} de la loi de 1912 a été principalement inspiré par la jurisprudence. La Cour de cassation, qui a confirmé cette théorie par deux arrêts récents, raisonne de la façon suivante : « Attendu que si l'articulation ainsi formulée a pour objet la preuve d'un acte dolosif à la charge de B..., elle tend en même temps à établir l'existence d'un engagement pris par ce dernier envers la demoiselle D..., qui veut s'en prévaloir contre lui ; qu'une semblable articulation porte tout à la fois sur un fait pur et simple et sur un fait juridique et qu'en raison de cette

(1) Rapport au Sénat, *loc. cit.*

(2) L. Martin. Sénat. Déb. J. Off., 12 nov. 1910, p. 1732, 3^e col.

« complexité, elle ne peut, vu l'importance du litige, être
 « déclarée recevable qu'autant qu'il existe dans la cause
 « un commencement de preuve par écrit, ou que la demoi-
 « selle D... démontre qu'elle s'est trouvée dans l'impossi-
 « bilité de se procurer un document de cette nature » (1).
 Ainsi l'on reconnaît dans ce cas à la promesse de mariage
 une double nature. D'une part, elle est invoquée à titre
 d'acte *dolosif* ayant entraîné la séduction : elle est bien
 alors un fait pur et simple, et à ce titre elle pourrait être
 prouvée par toutes voies de droit. Mais d'autre part, cette
 promesse est constituée par un engagement du promettant ;
 ainsi la victime se prévaut d'une obligation *contractuelle*.
 En ce sens la preuve à fournir porte sur un fait *juridique*,
 auquel il faut appliquer l'article 1341. La promesse de ma-
 riage appartient donc à la catégorie des faits *mixtes* et
 complexes, c'est-à-dire des faits qui ne rentrent ni dans la
 notion du fait pur et simple, ni dans celle du fait juridique,
 mais contiennent à la fois des éléments de l'un et de l'autre.
 Il faut ainsi appliquer distributivement à chaque élément
 de fait une preuve distincte ; au fait matériel, le délit de
 manœuvres frauduleuses, la preuve testimoniale suffit ;
 pour le fait juridique, l'existence de la promesse de ma-
 riage, il faut un commencement de preuve par écrit.

Toute la question revient à se demander si la promesse

(1) Cass. 2 déc. 1907. D. 1908.1.201 et la note. — Cass. 10 fév. 1909. D. 1909.1.57. Ces arrêts confirmaient une jurisprudence déjà bien assise. Voy. note précitée. Toulouse, 5 août 1909. *Le Droit*, 1^{er} déc. 1909. Toulouse, 1^{er} fév. 1912. *Rec. Gaz. Trib.* 1912.2.108. — Rodez, 15 octobre 1912. *Rec. Gaz. Trib.*, 1912.2.385. — Brioude, 11 juillet 1913. *Gaz. Pal.* 1913.2.320. — Lons-le-Saulnier, 31 juillet 1913. *Gaz. Pal.*, 1913.2.372.

En Belgique, la jurisprudence antérieure à la loi du 6 avril 1908 (qui n'exige plus le commencement de preuve par écrit) s'était prononcée dans le même sens que la jurisprudence française. Voy. Termonde, 28 mars 1891. *Belg. jud.* 1891, p. 655. — Gand, 8 mai 1895. *Pasicr.* 1896.3.11. Bruges, 18 mai 1896 et 19 mars 1897. — *Pasicr.* 1897, p. 229. J. Trib. p. 518. Cf. *Pand. belges*, v° *Promesse de mariage*, n° 83 et suiv. Huy 16 mars 1903. *Pand. pér.* 1903, n° 824. — Voy. critiques dans Laurent, Suppl. t. I, n° 364. Galopin, *Cours*, p. 342, 343.

de mariage constitue vraiment un fait juridique. Car il est bien certain aujourd'hui que l'article 1341 ne s'applique qu'aux opérations juridiques et non aux faits purs et simples, tels que des délits et des quasi délits (1). Or, la promesse de mariage n'a aucune valeur en droit ; elle est dépourvue de sanction légale et ne constitue qu'un simple engagement moral. Elle est nulle au point de vue juridique, et, étant nulle, elle est un fait pur et simple (2). Celui-ci peut être prouvé par témoins ou par indices. On objecte que cette promesse produit des effets juridiques, lorsque par exemple elle se colore d'actes dolosifs. Mais c'est méconnaître la distinction d'ailleurs très subtile du fait pur et simple et du fait juridique. Ainsi que l'a dit l'auteur d'une note du Dalloz sous l'arrêt de Cassation précité « le fait « juridique, ce n'est pas tout fait susceptible de produire « des effets juridiques ; sinon il n'existerait guère que des « faits de ce genre, la plupart des phénomènes matériels « et moraux pouvant avoir une répercussion dans le domaine du droit. Inversement le fait pur et simple n'est « pas celui qui est impuissant à engendrer aucun effet juridique ; pourquoi alors la science du droit s'en occuperait-elle ? La caractéristique du fait juridique consiste « en ce qu'il produit nécessairement et *normalement* des « effets de droit ; au contraire le fait pur et simple n'engendre naturellement que des conséquences matérielles et n'entraîne qu'*accidentellement* des effets juridiques » (3). Dans le premier cas, les particuliers, prévoyant la nécessité où ils pourraient être un jour d'invoquer ces faits, ont le soin de s'en ménager une preuve écrite. Mais quand on se trouve en présence d'un fait matériel dont on ne peut deviner les conséquences juridiques, d'ailleurs très incertaines, on prend rarement la précaution de le faire constater par écrit ; et c'est pourquoi la loi,

(1) Capitant. *Introduction à l'étude du droit civil*, 2^e éd. p. 373, note 1. Planiol, t. II, n° 1121.

(2) Cf. Planiol, t. II, n° 1109. — Demogue. *Rev. trimestr. de dr. civil*, 1908, p. 110.

(3) Note sous l'arrêt de Cass. précité.

ne pouvant obliger les individus à s'en procurer une preuve régulière, permet d'en établir l'existence par tous les moyens possibles. Or, la promesse de mariage ne produit par elle-même aucun effet de droit ; il est donc permis de négliger de s'assurer la preuve de cet engagement purement moral. Ce n'est qu'accidentellement, dans des cas exceptionnels, à raison des intentions dolosives de son auteur ou des circonstances qui accompagnent sa conclusion ou sa rupture, que la promesse de mariage entraîne des effets de droit. Ainsi donc, elle répond parfaitement à la notion de fait pur et simple, et à ce titre elle doit bénéficier de la plus large liberté de preuve. D'ailleurs, on peut se demander si c'est bien la promesse de mariage elle-même qui engendre des effets juridiques. L'action en dommages-intérêts que reconnaît la jurisprudence à la fille séduite ne prend-elle pas sa source dans la manœuvre frauduleuse, dans le fait dolosif qui a consisté à abuser la foi d'une jeune fille pour parvenir à entretenir avec elle des relations intimes ? C'est le fait illicite dont parle l'article 1382 du Code civil et qui peut être prouvé par tous moyens. Aussi cette jurisprudence qui exige un commencement de preuve par écrit d'une promesse de mariage nous paraît-elle faire une fausse application des principes juridiques. Elle est d'ailleurs généralement critiquée par les auteurs (1). Peut-être a-t-elle obéi aux mêmes motifs d'ordre pratique, a-t-elle partagé les mêmes craintes d'abus et de scandales qui ont conduit le législateur de 1912 à s'entourer de précautions et de garanties, fût-ce au détriment de la pure doctrine juridique. Et ainsi les exigences de la vie

(1) Demolombe, déjà cité. — Baudry-Lacantinerie, déjà cité. — Glasson, déjà cité. — Jacquier, Pouzol. V. note 2, p. 186. Ajouter Planiol, t. II, n° 1109.

Vidal. Etude sur les moyens organisés par la loi et la jurisprudence pour protéger les fiancés contre leurs fraudes respectives, p. 59. V. note T. P. dans D. 98.2.57. note ss. Cass. 2 déc. 1907. D. 1908 1.201.

Dans le sens de la jurisprudence. Dalloz, Répert. Suppl. v° Responsabilité, nw 207. Laurent, t. II, n° 310. — A. Colin. *Des fiançailles et des promesses de mariage*, p. 191. Huc, t. II, n° 9.

sociale ne s'accommodent pas toujours de la stricte logique du droit, et parfois elle déborde, en les brisant, les limites rigoureuses dans lesquelles un législateur idéal voulait l'enfermer. Ce n'est certes pas la dernière fois que nous constaterons cette antinomie de la logique et de la vie, sur laquelle repose, à mon avis, tout le problème de la recherche de la paternité naturelle.

On ne saurait trouver la justification du système de preuves adopté par la loi nouvelle relativement au cas de séduction qualifiée, que dans des raisons d'ordre *pratique*, dans la nécessité de s'entourer de certaines garanties, peut-être aussi dans un sentiment de défiance à l'égard d'une réforme que beaucoup réclamaient bruyamment, mais dont ils redoutaient secrètement les conséquences. Aussi sur ce point la loi française ne peut donner que de médiocres résultats. De l'aveu même des rédacteurs de la loi, le demandeur ne pourra jamais rapporter une preuve écrite de l'abus d'autorité ou des manœuvres frauduleuses. Sera-ce bien plus facile de se procurer un écrit relatant une promesse de mariage ? Il faut vraiment tout ignorer de la vie pour croire que les promesses de mariage ou les fiançailles sont consignées sur le papier. Sans doute, cela se passe dans un certain monde, dans celui où les filles-mères sont rares. Mais dans le peuple des villes et surtout des campagnes, cet écrit n'existe presque jamais. M. Viollette le reconnaissait dans son rapport : « Il n'y aura pas
« d'écrit pour les promesses de mariage, lorsque les
« amants auront habité non loin l'un de l'autre, en parti-
« culier dans les petites villes ou dans les agglomérations
« rurales ». La promesse, elle est dans la foi échangée, dans les entrevues, dans la connaissance qu'en ont les amis, les voisins, les habitants du village. « Les fiançailles
« résultent le plus souvent d'une cérémonie familiale sans
« caractère solennel qui est, sauf dans un certain milieu,
« assez rarement constatée par écrit » (1). M. le Garde des

(1) Viollette. Rapport à la Chambre, 1911, p. 33.

Sceaux Barthou fit une semblable constatation : « Croyez-vous que dans nos campagnes les fiançailles ou les promesses de mariage s'échangent par correspondance ? Il arrive souvent qu'il n'y a pas d'écrit ». Mais cela n'émeut guère M. Barthou, « Qu'est-ce que cela veut dire, pour-
« suit-il ? Simplement à mon sens qu'il y aura évidemment
« des hypothèses nombreuses dans lesquelles la loi ne sera
« pas applicable. Ce qui doit seulement vous préoccuper,
« c'est la question de savoir si vous introduisez dans la loi
« des garanties indispensables. Il me semble que celle qui
« est demandée par M. Th. Girard est de ce nombre » (1). Assurément, mais le législateur doit-il se contenter de faire une œuvre de façade, ou bien doit-il s'attacher à édicter des lois susceptibles d'une application pratique féconde ?

Il nous faut maintenant rechercher quelle est la *nature* du commencement de preuve par écrit exigé par la loi. Il importe de remarquer que c'est de la séduction et non point de la paternité qu'il doit y avoir preuve écrite. La loi n'admet le demandeur à prouver la séduction que si celui-ci peut produire un commencement de preuve par écrit. Le juge décide si de la preuve des faits allégués peut se déduire la paternité du défendeur. Nous préciserons bientôt tous ces points en étudiant la disposition de la loi. Ce qui est certain, c'est que le commencement de preuve exigé par la loi est celui de l'article 1347 du Code civil, c'est-à-dire « tout acte par écrit émané de celui contre lequel la
« demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui
« rend vraisemblable le fait allégué » (2). Cette solution n'était point la seule qu'on put adopter. On en discuta deux autres. Dans un excellent rapport qu'il présenta à la Chambre des Députés, le 14 décembre 1900, M. René Viviani (3), craignant que l'admission immédiate de la preuve testimoniale ne livrât aux débats hasardeux la sécurité des ci-

(1) Barthou, Garde des Sceaux. Sénat. Déb. *J. Off.*, 15 juin 1910, p. 1510, col. 3.

(2) Voy. le texte de la loi du 16 nov. 1912.

(3) Rapport à la Chambre, 14 déc. 1900, n° 2098, pp. 19 et 20.

loyens, mais comprenant aussi qu'exiger la production d'un commencement de preuve par écrit dans le sens restreint de l'article 1347, c'était rendre la recherche impossible, tâcha d'éviter ces deux écueils en proposant une solution intermédiaire. Il réclamait en principe un commencement de preuve par écrit, mais il étendait la définition de ce terme à tous actes et documents quelconques, pourvu qu'ils n'émanassent pas de la femme elle-même. Il citait le cas d'une facture établissant qu'à une époque coïncidant avec celle de la conception, le patron a offert à la femme des bijoux, des cadeaux, sans qu'on put se méprendre sur la signification du geste généreux du donateur. M. Guillier examina ce système dans son rapport au Sénat, mais ne s'y arrêta pas. Il ne voulait point élever à la hauteur d'un commencement de preuve par écrit une simple pièce qui n'émane point de celui à qui on l'oppose. Elle ne peut être qu'un document, une attestation. De plus il ne voulait pas modifier aussi radicalement les règles de l'article 1347. Et il convient de le féliciter de cette attitude, car, pour employer le mot de M. Girard, il a épargné au Code civil une « grave entorse ». Mais cet honorable sénateur, qui est sans pitié pour le Code, la trouvait nécessaire ! (1).

Il y avait enfin une troisième opinion qui interprétait le commencement de preuve par écrit dans le sens de l'article 324 du Code civil. « Le commencement de preuve par écrit résulte des titres de famille, des registres et papiers domestiques du père ou de la mère, des actes publics et même privés émanés d'une partie engagée dans la contestation ou qui y aurait intérêt si elle était vivante ». Ce système fut énergiquement défendu par M. Félix Martin. Il soutint, à la suite d'un arrêt de la Cour de Douai (2) que l'article 324 constituait le droit commun en matière de filiation soit légitime, soit naturelle maternelle. « Faire surgir entre les deux l'article 1347 qui est le droit commun en toute autre matière, celle des obligations, serait commet-

(1) Girard. Sénat. Déb. J. Off., 15 juin 1910, p. 1508.

(2) Douai, 29 janv. 1879. D. 80.2.213. S. 79.2.195.

« tre une fâcheuse anomalie » (1). Il reconnaissait d'ailleurs qu'on ne pouvait donner la qualité de commencement de preuve par écrit à une pièce émanée de la mère ; cela est possible en matière de filiation légitime, car en ce cas le père et la mère ont des intérêts identiques. Il suffirait donc de rectifier l'article 324 et de l'approprier à la recherche de la paternité naturelle tout en respectant son esprit. Ce renvoi de l'article 341 à l'article 324 qui paraît très juridique a été consacré par la jurisprudence (2) et par les meilleurs auteurs (3).

Cette solution fut cependant rejetée par le rapporteur. Il l'a écartée comme dangereuse ; il ne veut pas qu'on puisse opposer au père des écrits qui n'émanent point de lui. « Si « l'on tenait aux termes de l'article 324, dit le rapport supplémentaire au Sénat, on pourrait tirer parti de papiers « domestiques et d'écrits émanant non seulement des membres de la famille du prétendu père, mais encore de la « mère de l'enfant. Celle-ci est trop intéressée dans la question et son témoignage est trop suspect pour qu'on puisse « transformer en commencement de preuve contre le père « les papiers ou les écrits que cette femme a pu fabriquer » (4). Comme le fait remarquer M. Wahl (5), on n'a pas songé que d'après l'article 324, on ne peut se servir d'un écrit émanant d'un autre que du défendeur que si l'auteur de l'écrit est encore vivant. D'autre part, les personnes qui auraient « intérêt à la contestation », ce sont celles qui ont un intérêt opposé au succès de l'action. Certes, la mère naturelle n'est point de celles-ci.

(1) F. Martin. Sénat. *J. Off.*, 11 nov. 1910, p. 1728, 2^e col.

(2) Cass. 30 avril 1859. D. 61.1.297. S. 60.2.625. Cass. 23 nov. 1868. D. 69.1.26. S. 69.1.5. Cass., 22 oct. 1902. D. 1902.1.539. Agen, 28 mai 1901. D. 1902.2.78. Nîmes, 4 mai 1904. D. 1906.2.129, Req. 4 janvier 1910. D. 1910.1.128.

(3) Planiol, t. I, n° 1513. Baudry-Lacantinerie, t. I § 563. Contra. Demolombe, t. V, n° 503. Aubry et Rau, t. VI § 570. Laurent, t. IV, n° 111. Bonnier, n° 145.

(4) Rapp. supplémentaire au Sénat. Doc. parl. Sénat 1910, n° 322 p. 990.

(5) Wahl, *loc. cit.*, n° 29, p. 32.

Pour tempérer la rigueur de cette solution, on déclara qu'il fallait interpréter très largement l'article 1347 (1). C'est ainsi que le rapport à la Chambre fait mention de la jurisprudence qui s'est montrée très libérale sur la manière de comprendre les termes « commencement de preuve par écrit ». Elle admet que l'écrit ne soit pas signé de celui auquel on l'oppose (2). Il peut même n'être ni écrit ni signé par le défendeur ; mais il est censé émaner de lui s'il l'a fait dresser par un officier compétent et dans la forme requise pour faire foi (3). La jurisprudence admet également que l'acte ne soit pas représenté au juge lorsque celui auquel on l'oppose en reconnaît l'existence (4). Le commencement de preuve peut résulter « d'aveux consignés dans un jugement, d'interrogatoires relevés par le juge d'instruction, de déclarations faites en justice (5), de réponses consignées dans un procès-verbal de comparution personnelle » (6). On peut même dire que si les aveux sont nets, ils ne constituent pas seulement des commencements de preuve par écrit, mais des preuves complètes. D'ailleurs, en ce cas, l'action serait également fondée sur le n° 3 de l'article 1^{er} de la loi de 1912. Le commencement de preuve peut également résulter d'un interrogatoire sur faits et articles subi par l'une des parties, et même dans le cas où elle n'aurait pas signé (7). Il peut en résulter un

(1) Guillier. Sénat. Déb. *J. Off.*, 12 nov. 1910, p. 1734. Rapport Violettes, Chambre 1911, p. 33.

(2) Rapport Violettes, *loc. cit.*, Cass. 29 juillet 1872. D. 74.1.430. Cass. 17 juin 1907. P. 1909.1.489, note Naquet.

(3) Cass. 16 mars 1881. D. 82.1.373.

(4) Rapport Violettes, *loc. cit.* Cass. 19 déc. 1849. D. 50.1.234.

(5) Rapport Violettes, *loc. cit.* Cass. 5 avril 1864. D. 64.1.291. Cass. 29 déc. 1879. D. 80.1.375. Cass. 19 déc. 1884. D. 85.1.427. Cass. 8 décembre 1893. D. 97.1.266.

(6) Dall. Rép. V° obligations n° 4766, 7. Rennes, 26 février 1879. D. 80.1.375. Poitiers, 25 avril 1883. D. 84.2.47.

(7) Violettes, Rapport à la Chambre, p. 33. Cass. 5 mars 1895. D. 95.1.236. Req. 14 fév. 1900. D. 1900.1.287. Req. 5 mai 1909. D. 1909.1.309. Voy. cependant Brioude, 11 juill. 1913. *Gaz. Pal.* 1913. 2.320.

« faisceau de présomptions » tel qu'il puisse être considéré comme valant un commencement de preuve par écrit (1).

Il semble résulter de ces solutions que le demandeur est admis à chercher à prouver la séduction, alors qu'il ne possède pas encore au moment de l'introduction de l'instance un commencement de preuve par écrit. Pourquoi ne pourrait-il provoquer l'aveu du défendeur ou lui déférer le serment ? La loi de 1912 n'a pas exclu ces modes de preuve ; elle n'a fait que restreindre la liberté de la preuve testimoniale (2). D'ailleurs le ministre de la Justice a reconnu qu'en intentant une action en paternité, on pouvait parfaitement faire procéder devant les tribunaux à un interrogatoire sur faits et articles. Il est vrai que cette procédure ne donnera pas toujours en fait les résultats qu'on attend d'elle ; car les questions doivent être notifiées au défendeur vingt-quatre heures à l'avance. Celui-ci a donc tout le loisir nécessaire pour étudier ses réponses, prendre conseil et échafauder tout un système de défense qui le mettra à l'abri des surprises et en garde contre les questions compromettantes (3). Quoiqu'il en soit, il faut décider, semble-t-il, que le demandeur « sans avoir en mains une preuve « de la séduction, peut faire naître cette preuve au cours « de l'instance par un interrogatoire du défendeur sur « faits et articles » (4).

Mais le demandeur pourrait-il tirer parti d'un jugement qui accordait à la mère des dommages-intérêts contre son séducteur ? Ce cas est susceptible de se présenter assez fréquemment ; avant la loi de 1912 la mère ne pouvait obtenir qu'une indemnité pécuniaire ; elle essaiera peut-être aujourd'hui d'intenter l'action en paternité. D'ailleurs la loi de 1912 ne touche en rien à la jurisprudence établie en matière de séduction. La fille séduite peut donc d'abord actionner le séducteur en dommages-intérêts : le jugement entraînant des conséquences peu graves, elle aura plus de chances de triompher ; puis, s'appuyant sur ce premier

(1) G. des Sceaux. Sénat. Déb. J. Off. 12 nov. 1910, p. 1734, 3^e col. Guillier. Rapport au Sénat. 1908, n^o 369, p. 27.

(2 et 4) Wahl, *loc. cit.*, n^{os} 26, 27, p. 28, 29.

(3) Guillier. Sénat. Déb. J. Off., 12 nov. 1910, p. 1734, 1735.

succès, elle introduirait alors la véritable action en paternité. En effet, il n'y a pas en ce cas autorité de la chose jugée, car les deux procès sont totalement différents : ils ne tendent pas au même but, ils ne sont pas exercés par les mêmes personnes. L'un est intenté par la mère en son propre nom, afin d'obtenir des dommages-intérêts en réparation du préjudice matériel et moral que lui a causé la grossesse ; il est fondé sur l'article 1382 du Code civil. L'autre est exercé par la mère, agissant à titre de représentant de l'enfant, véritable titulaire de l'action, et il a pour but de faire constater la filiation paternelle de celui-ci ; il trouve sa base dans l'article 340 nouveau du Code civil. Les deux demandes sont donc distinctes et indépendantes l'une de l'autre. Cependant le succès de l'une est au moins un acheminement vers le succès de l'autre (1).

Remarquons enfin qu'on pourrait peut-être trouver un correctif à la rigueur de la loi de 1912 en matière de séduction dans l'application de l'article 1348 qui dispense le créancier de produire une preuve écrite de l'obligation contractée envers lui toutes les fois qu'il a été dans l'impossibilité de se la procurer (2). Cette règle s'appliquerait à notre sujet, non point parce que les manœuvres frauduleuses constituent des délits et quasi délits, — de l'avis du moins du législateur, mais parce que dans certains cas la femme a été dans l'impossibilité absolue de se procurer une preuve écrite de la séduction. On songe au cas où le séducteur ne sait pas écrire ; cette hypothèse est d'une réalisation assez fréquente, car c'est surtout dans les milieux peu cultivés que sévit la séduction. D'ailleurs la jurisprudence a formellement déclaré l'article 1348 applicable au cas où le séducteur ne sait pas écrire (3). Or, on sait que le législateur

(1) Voy. notre chapitre sur « les droits de la mère naturelle contre le père ».

(2) En ce sens. Rigaud dans *Mouvement social catholique* 1913, p. 27. *Etude sur la loi du 16 nov. 1912*. Cf. Guillier. Sénat. Déb. J. Off., 12 nov. 1910, p. 1734, 2^e col.

(3) Draguignan, 31 mars 1863, motifs sous Aix, 23 fév. 1865. S. 1866.2.28. Grenoble, 2 février 1897. *Gaz. Pal. Table quinquennale*, 1897, 1902. V^e Promesse de mariage, n^o 21. Demolombe, *Du traité de mariage*, t. I, p. 58, n^o 33.

a déclaré à maintes reprises qu'il fallait se conformer aux interprétations de la jurisprudence relativement aux faits de séduction et au commencement de preuve par écrit. Il convient de signaler à propos de cette remarque, un curieux amendement présenté par M. Hoyoïs à la Chambre belge (1). Prévoyant notre cas, il permettait au demandeur incapable de se procurer une preuve écrite, d'invoquer des présomptions graves, précises et concordantes. Cette idée fut d'ailleurs combattue par le ministre de la Justice et le rapporteur, qui jugèrent cette distinction arbitraire et fertile en contestations. On ne peut, disaient-ils, classer les citoyens en deux catégories : ceux qui savent écrire et ceux qui ne savent point. La Chambre se rangea à cette dernière opinion (2). Bien qu'il soulevât en pratique d'énormes difficultés, le système de M. Hoyoïs était cependant intéressant. Et M. Vandervelde pouvait dire avec raison que « si « l'amendement était rejeté, la recherche de la paternité « devenait impossible dans un grand nombre de cas » (3). L'amendement fut repoussé, mais l'exigence du commencement de preuve par écrit disparut elle-même par la suite. Espérons qu'en France la jurisprudence saura se montrer libérale ; les juges pourront apprécier s'il a été ou non possible à la mère de se procurer une preuve écrite ; et dans cette mesure ils adouciront la rigueur de la loi, si du moins ils n'atteignent pas les séducteurs plus nombreux encore, mais non moins dangereux qui savent écrire, mais ne le font pas.

Cette grave question du commencement de preuve par écrit ne présente, dans le système belge, qu'un intérêt historique. En effet, après avoir d'abord exigé ce mode de preuve, le législateur y a définitivement renoncé (4). Mais il y a eu sur ce sujet d'importants débats sur lesquels on

(1 et 2) Cf. débats Chambre belge 1906, n° 58, p. 57 à 59.

(3) Vandervelde. Chambre 1906, n° 58, p. 58, 1^{re} col.

(4) Cependant il semble que la jurisprudence continue à exiger l'existence d'un commencement de preuve par écrit pour accorder des dommages-intérêts à la fille séduite.

Voy. Bruges, 9 mars 1910. *Pas.* 1912.3.223. Cf. Liège 12 fév. 1910. *Pas.* 1911.2.92.

ne saurait omettre de jeter un coup d'œil. D'accord avec les projets Laurent et Van Berchem, le projet de la Section centrale réclamait en cas de séduction la production d'un commencement de preuve par écrit, ou tout au moins — et c'était là un intéressant correctif — l'existence de présomptions ou indices graves, résultant de faits dès lors constants, et qui permettraient d'admettre la preuve testimoniale (1). De plus, le commencement de preuve par écrit était défini conformément à l'article 324 du Code Napoléon. « Il était logique, dit M. Mabilie, l'un des rédacteurs du « projet, d'entendre le commencement de preuve par écrit « en matière de filiation illégitime, comme la loi elle-même le définit en une matière similaire, c'est-à-dire en « matière de filiation légitime » (2). Ainsi rédigé, le texte de la commission apparaissait donc comme beaucoup plus large que la disposition correspondante de la loi française. Il étendait à la recherche de la paternité naturelle les modes de preuve admis en matière de recherche de maternité légitime, articles 323-324 du Code civil. Mais il devait être sensiblement modifié au cours des débats. Par un brusque revirement qui semble tout d'abord inexplicable, M. Mabilie et le rapporteur soumirent au vote de la Chambre un texte où le commencement de preuve exigé était celui de l'article 1347, et d'où disparaissait également la faculté d'invoquer des présomptions et indices graves (3). Pour justifier cette volte-face inattendue, il convient de se rappeler que la loi belge de 1908 est toute faite de concessions réciproques de la Chambre et du Sénat. Nous avons vu que le ministre de la Justice avait émis des craintes au sujet de l'adoption du cas d'abus d'autorité et se refusait à le laisser insérer dans la loi (4). Les partisans de l'opinion adverse, espérant vaincre cette résistance en accordant des

(1) Projet Laurent, art. 319 2° Projet Van Berchem, art. 1. 3°. Projet Mabilie. Doc. parl. 1906, n° 14, p. 18, 1^{re} col.

(2) Mabilie. Chambre 1906, n° 38, p. 40, 2^e col.

(3) Mabilie. Chambre 1907, n° 38, p. 39, 2^e col. et p. 40, 1^{re} col. Colaert n° 58, p. 58, 2^e col.

(4) Cf. notre travail, page 176.

garanties plus sérieuses aux gens qui peuvent être victimes de chantage, proposèrent alors d'entendre le commencement de preuve par écrit dans le sens plus restreint de l'article 1347 (1), comptant bien que cette habile concession en provoquerait une autre de la part du ministre (2). Leur espoir fut déçu. La Chambre adopta le texte ainsi modifié, mais repoussa l'amendement de M. Carton de Wiart, relatif au cas d'abus d'autorité (3).

C'est dans cet état que le projet passa au Sénat. Il se produisit alors une curieuse transformation, qui confirme une fois de plus la loi sociologique de balancement entre les preuves et les effets. De même que les discussions touchant l'abus d'autorité, les controverses sur le commencement de preuve par écrit prirent fin d'elles-mêmes, dès qu'on fut d'avis au Sénat de n'accorder à l'enfant naturel qu'une pension alimentaire. On supprima purement et simplement l'exigence du commencement de preuve par écrit, et l'on admit d'emblée la preuve testimoniale, de même qu'on inscrivit le cas d'abus d'autorité. Les effets de l'action étant restreints, les garanties sont moins nécessaires, la preuve devient plus facile. Il est étrange qu'à la Chambre des Représentants aucun orateur ne s'éleva contre la disposition qui prescrivait le commencement de preuve par écrit. Tous le considéraient alors comme le frein nécessaire de la liberté de la preuve testimoniale (4). D'ailleurs l'attention de l'assemblée était entièrement concentrée sur la grave question de l'abus d'autorité. Au contraire au Sénat, nous trouvons sur ce sujet quelques éléments de discussion. La Commission, « estimant qu'on pouvait être « plus large, quand il ne s'agit que d'une créance alimentaire, n'a plus estimé indispensable d'exiger un commencement de preuve par écrit » (5). Mais un sénateur dé-

(1) Dans le sens de l'art. 1347 s'étaient prononcés MM. Van den Heuvel, n° 38, p. 40 et Carton de Wiart, n° 31, p. 32, 2° col.

(2) Vandervelde. Chambre 1907, n° 40, p. 43, 1° col.

(3) Consulter votes à Chambre belge, 1907, n°s 59 et 60, p. 59.

(4) C'est tout au plus si M. Vandervelde fit une protestation très modérée. Cf. Chambre 1906, n° 40, p. 42, 2° col.

(5) Rapport au Sénat, n° 106 § 2, p. 128.

posa un amendement tendant à rétablir le texte voté par la Chambre (1). Cette proposition fut repoussée, mais provoqua d'intéressants débats où l'on s'opposa les mêmes arguments qui ont été produits dans la discussion au Sénat français : D'une part, crainte des abus et des machinations ; de l'autre, difficulté de se procurer une preuve écrite de la séduction dans la plupart des cas (2). On protesta aussi avec énergie contre cette hérésie juridique qui consisterait à exiger la preuve écrite de délits et de quasi délits. « L'amendement de notre honorable collègue, disait « M. Wiener, ferait véritablement tache dans le système de « nos lois » (3). Le législateur belge ne partage donc pas l'avis du législateur français qui semble prendre un malin plaisir à provoquer des « entorses » au Code civil. Enfin, se rendant compte qu'il serait dans la plupart des cas impossible au demandeur de produire une preuve écrite de la séduction, et considérant également que « l'importance « du litige ayant changé, la fraude n'a plus les mêmes at- « traits » (4), le Sénat belge renonça à l'exigence du commencement de preuve par écrit, et repoussa l'amendement Braùn (5). Eût-il eu ce geste libéral, si l'action avait été une véritable action d'état ? Cependant s'il est vrai que la preuve écrite de la séduction est difficile, sinon impossible à rapporter, elle l'est indistinctement quel que soient les effets de l'action. Mais en cette matière la logique se heurte aux nécessités de la vie sociale, au besoin de prendre des mesures de précaution contre la fraude et le chantage : car il faut avant tout défendre et conserver les situations acquises. Quoi qu'il en soit, la loi belge a admis la seule solution qui permît effectivement aux filles séduites de poursuivre et de faire condamner le père de leur enfant. Malheureusement l'action fondée sur la séduction frauduleuse

(1) Amendement Braùn. Sénat 1907, n° 189, p. 185, 186.

(2) Wiener. Sénat 1907, n° 189, p. 186, 2° col. n° 192, p. 190, 1^{re} col.

(3) *Id.*, n° 189, p. 186, 2° col.

(4) Van den Heuvel. Sénat 1907, n° 189, p. 187, 1^{re} col.

(5) Sénat belge n° 198, p. 191, 1^{re} col.

ne produit en Belgique que des effets très restreints : l'enfant n'obtient jamais qu'une pension alimentaire. Ce système peut paraître très étrange, mais il a été, nous le savons, presque imposé au législateur belge désireux d'aboutir. Il est le résultat de la transaction intervenue entre la Chambre des Représentants et le Sénat qui adhéraient à deux conceptions très différentes du problème de la recherche de la paternité naturelle. Des concessions étaient nécessaires, si l'on voulait mettre fin à un conflit qui menaçait de s'éterniser.

*
**

Il est enfin nécessaire que la séduction ait été la cause *déterminante* de l'abandon de la femme. En effet, la séduction n'est une présomption de paternité qu'autant qu'elle a précédé et déterminé les relations intimes (1). Telle est la condition que doit remplir la promesse de mariage. De même la cohabitation doit avoir été obtenue au moyen de l'autorité du patron ou du maître ; tout rapport sexuel entre une femme et celui qui exerce un pouvoir sur elle ne constitue pas nécessairement un abus d'autorité. Ce sont là des conditions essentielles de l'application des lois sur la recherche de la paternité naturelle : nous avons déjà insisté sur ce point. Mais à quelle époque déterminée ces faits de séduction doivent-ils se placer pour servir de fondement à l'action en paternité ? Ils doivent avoir précédé la conception, nous le savons, mais est-il nécessaire qu'ils se soient produits à une époque contemporaine de la conception ? Non, dit la loi française. Le projet de la commission du Sénat avait eu cette exigence. Mais les mots « à une époque contemporaine de la séduction » disparurent lors de la deuxième délibération. Il faut reconnaître l'excellence de cette solution. En effet, la grossesse peut être souvent bien postérieure aux premières relations entre les jeunes gens. Le juge ne doit prendre en considé-

(1) Voy. page 174 et 178 ce que nous avons dit à propos de la promesse de mariage et de l'abus d'autorité.

ration que deux faits : les manœuvres frauduleuses, et la grossesse qui est résultée de ces relations nouées à la suite des agissements dolosifs du séducteur. « Peu importe, dit « le rapport supplémentaire au Sénat, la durée du temps « qui s'est écoulé entre les faits constitutifs de la séduction « et le moment où la femme devient enceinte. Pourvu « qu'après avoir été séduite, celle-ci soit restée fidèle à son « séducteur, en sorte qu'on ne puisse pas rattacher à un « autre père l'enfant qu'elle a conçu, l'action en reconnaissance de paternité sera recevable, quoique la séduction proprement dite ne se soit pas exercée à l'époque « de la conception et lui soit antérieure » (1). Le législateur français a parfaitement compris qu'on ne pouvait raisonnablement exiger que l'époque de la conception coïncidât avec un fait, tel que la séduction, qui est composée d'un ensemble de manœuvres qui ne sont susceptibles d'aucune précision et auxquelles on ne saurait assigner aucune date exacte. Par contre, les lois monégasque et belge sont sur ce point beaucoup moins libérales que la loi française. L'ordonnance monégasque, s'inspirant toujours de la proposition Rivet et Béranger, a reproduit sa formule « à une « époque voisine de la conception » (art. 236-4°). La loi belge est ainsi rédigée : « L'enfant naturel peut réclamer « de celui qui a eu des relations avec sa mère pendant la « période légale de la conception, une pension annuelle, « etc... La preuve de ces relations ne peut résulter que « de l'une des circonstances suivantes : ... 4° De la séduction de la mère par promesse de mariage, etc... » (article 340 b). Ce texte est assez obscur et mal rédigé. Il dit que la preuve des relations charnelles résulte de la séduction, ce qui est absurde. En réalité, il induit l'existence de relations sexuelles, de la preuve fournie par le demandeur de la séduction frauduleuse de la mère. Or, comme la loi exige que la cohabitation ait eu lieu pendant la période légale de la conception, il faut nécessairement que la séduction

(1) Voy. Guillier. Rapp. supplém. au Sénat 28 juin 1910. Sénat 1910, Doc. parl. Annexe n° 322, p. 989. Cf. Rapport à la Chambre 1911, p. 32.

se place pendant cette même période. Sinon, il est impossible, dans le système de la loi belge, de conclure du fait de la séduction à l'existence de relations intimes pendant la période légale de la conception, et par suite à la paternité du séducteur. Cette interprétation très fâcheuse résulte, à notre avis, de la mauvaise rédaction du texte. En tous cas, elle est admise par les auteurs (1).

*
**

Il résulte indirectement de ces dispositions légales relatives à la recherche de la paternité naturelle, un efficace remède contre la séduction et ses funestes ravages, qui, jadis, dénoncés par Le Play (2), n'ont fait que s'accroître avec le développement de la vie économique et l'abaissement de la moralité publique. Désormais le séducteur sait à quoi il s'expose en abusant de la faiblesse, de l'ignorance ou même de la passion d'une jeune fille ; et si sa conscience avilie ne lui dicte pas son devoir, si elle ne lui fait pas un reproche de sa lâcheté, du moins la loi civile est là pour lui imposer la responsabilité de ses actes. « La loi est la conscience de ceux qui n'en ont pas » (3-4).

(1) Voy. Leclercq, *op. cit.*, n° 40, p. XXXIX. « Toutefois, dit-il, le juge a un pouvoir d'appréciation pour décider si cette preuve résulte de témoignages qui portent plus spécialement sur des relations ayant existé avant ou après cette époque. Cf. Galopin, *op. cit.*, n°s 59, 60, p. 43, 44 ; cet auteur critique vivement la mauvaise rédaction du texte.

(2) Voy. Le Play. *La Réforme sociale en France*, p. 282, 283.

(3) Rivet. *La Recherche de la paternité naturelle*, page 104.

(4) Il convient de remarquer que, au cours des travaux préparatoires de la loi française, il fut question de réprimer la séduction par des peines correctionnelles. La question du « *délit de séduction* » ne se rattache qu'indirectement à notre sujet ; elle nécessiterait de longs développements, nous nous contenterons de quelques indications rapides. Pour plus de détails voyez Pouzol, *op. cit.*, ch. VIII. Jacquier, *Des preuves et de la recherche de la paternité naturelle*, p. 58 et suiv. Brunetière. *Revue des Deux-Mondes*, 1883, 15 sept. p. 377, etc... M. le sénateur Béranger proposa de compléter la loi sur la recherche de la paternité naturelle par le texte

En particulier, la séduction est réprimée sous l'une de ses formes la plus odieuse, et malheureusement la plus

suivant: « Quiconque aura séduit une fille ou une femme de bonnes mœurs soit en employant des manœuvres frauduleuses ou des promesses mensongères, soit, s'il s'agit d'une mineure, en abusant de ses faiblesses ou de ses passions, ou de l'autorité qu'il peut avoir sur elle, sera puni d'une peine d'un à deux ans de prison et d'une amende de 200 à 20.000 francs. Si le séducteur est le tuteur, le patron, le maître ou toute autre personne désignée dans l'art. 333 du Code pénal, la peine pourra être portée jusqu'au double. Les dispositions de l'article 335 du même Code lui sont en outre applicables. » Cet amendement ne fut pas pris en considération, non point parce qu'on la jugea mal fondé mais parce qu'on estima que ce texte relevant du droit pénal ne devait pas prendre place dans une loi d'ordre civil. (Voy. rapport suppl. Guillier. Sénat. *Doc. parl.* 1909, p. 133).

Le délit de séduction est connu dans un grand nombre de pays étrangers. En *Norvège*, d'après une loi du 18 juin 1892, l'homme qui s'abstient délibérément de fournir, à une femme enceinte de lui hors mariage, selon ses ressources, les secours nécessaires à raison de sa grossesse ou de son accouchement, sera puni d'amende, d'emprisonnement ou des travaux forcés au cinquième degré. Cette mesure a pour but d'éviter que la mère, tombant dans un état de misère ou d'abandon, ne se livre à quelque acte punissable sur son enfant né ou simplement conçu. Aux *Etats-Unis*, le séducteur est puni d'amende, jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans ; au-delà de cet âge, il encourt une peine d'emprisonnement. En *Angleterre*, la loi punit le séducteur âgé de plus de vingt et un ans, quand il a promis le mariage à la jeune fille. En *Russie*, le Code pénal (art. 1530, 1531) punit d'un emprisonnement de 16 mois à 2 ans quiconque séduit une femme non mariée à l'aide d'une promesse solennelle de mariage. Si la séduction s'est exercée sans violences et sans promesse de mariage, par simple abus de la faiblesse de la femme, le séducteur encourt une peine de 4 mois à 2 ans de prison, suivant que la femme est célibataire, fiancée, mariée ou veuve. Une loi récente de *l'Etat de Louisiane* (1^{er} juillet 1908), déclare crime de félonie et punit de 5 ans de travaux forcés au maximum le fait pour un homme de 18 ans au moins d'avoir des rapports avec une femme non mariée âgée de 12 ans à 18 ans, sans le consentement de celle-ci. De même une loi de *l'Etat de New-York*, du 27 mai 1909, punit d'un emprisonnement de 5 ans au maximum ou d'une amende de 1.000 dollars, celui qui, par promesse de mariage, séduit une femme non mariée et honorable et a avec elle des relations sexuelles. — Sur l'action spéciale en dommages-intérêts de la fille-mère, voy. notre chapitre sur « Les droits de la mère naturelle contre le père ».

fréquente : l'abus d'autorité, exercé par le patron, le maître, le chef de service. Mais, si l'on se place au seul point de vue de l'enfant, il semble que le législateur se soit montré trop exigeant en n'autorisant l'action en recherche de paternité dans le cas de séduction, que si la séduction se colore d'actes dolosifs. En effet, il n'est point absurde de dire que la séduction n'est pas toujours frauduleuse et d'admettre qu'elle eût pu, en l'absence de tout dol, servir de base à l'action en recherche de paternité. La réforme de l'article 340 a été faite dans l'intérêt de l'enfant ; or, peu importe que la mère ait été victime de séduction, ou qu'elle se soit volontairement donnée. Un enfant est né, il réclame des soins et des secours ; du moment qu'il est possible de découvrir son père, il n'y a aucune raison pour lui refuser le droit de le rechercher. Le législateur latin, sans aucun doute, s'est laissé influencer de façon regrettable par la jurisprudence prétorienne, qui accordait des dommages-intérêts à la fille séduite. Il a servilement adopté ses solutions ; mais il aurait dû comprendre que le caractère et le but de l'action qu'il créait étant sensiblement différents de la nature et de l'objet de l'action accordée par la jurisprudence à la fille-mère, les conditions d'exercice de ces deux droits devaient être diversement réglées. La jurisprudence se proposait de faire obtenir à la fille-mère réparation du préjudice que lui avait causé la grossesse, elle appliquait donc la disposition générale de l'article 1382 qui consacre le principe de la responsabilité ; aussi exigeait-elle qu'on pût relever l'existence d'une *faute* contre le séducteur : c'est une des conditions essentielles de l'exercice de toute action en dommages-intérêts. Mais tel n'est point le caractère de la loi nouvelle ; son fondement n'est pas délictuel ; ce n'est pas sur le délit de séduction, mais sur le fait de la filiation qu'est basée l'action de l'enfant. Il ne s'agit pas de réparer un dommage, mais d'attribuer à un homme la paternité d'un enfant. Le législateur latin ne paraît pas avoir nettement distingué ces deux idées ; il a calqué, dans le cas de séduction, l'organisation de la preuve de la paternité sur les solutions de la jurisprudence basée sur l'article 1382, alors que l'action de l'enfant et celle de

la mère ont un caractère, un fondement et un objet totalement différents.

Du reste, nous avons déjà dit combien il était difficile de distinguer les cas dans lesquels la séduction doit être considérée comme frauduleuse. Elle s'exerce par toutes sortes de moyens où il est parfois impossible de découvrir une fraude caractérisée. Sait-on même de quel côté a eu lieu la séduction ? Souvent l'entraînement est réciproque. « Lorsqu'il s'agit d'une fille de seize ans, la séduction que la nature n'avait pas mise au rang des crimes ne peut y être placée par la société. Il est si difficile à cette époque où la précocité du sexe ajoute à une excessive sensibilité, de démêler l'effet de la séduction de l'abandon volontaire. Quand les atteintes portées au cœur peuvent être réciproques, comment distinguer le trait qui l'a blessé ? Comment reconnaître l'agresseur dans un combat où le vainqueur et le vaincu sont moins ennemis que complices ? » (1).

Nous trouvons dans le remarquable rapport de M. Viviani un système beaucoup plus souple et plus conforme à la réalité que celui adopté par les législations latines. Sans doute la séduction est toujours « qualifiée » ; elle doit avoir été réalisée à l'aide de « manœuvres » ; mais M. Viviani ne fait pas suivre ce dernier mot de l'épithète habituelle de « dolosives » ou « frauduleuses ». Il expose en ces termes les motifs de sa rédaction : « La raison en est d'abord que l'adjonction de cette épithète rendrait presque *impossible* la recherche. Le caractère frauduleux et dolosif vient d'un acte extérieur, saisissable, et qui fortifie la manœuvre elle-même. Comment le saisir dans l'intimité des relations qui fuient le regard et écartent le témoignage ? De plus, *le dol ou la fraude ne sont pas toujours nécessaires à la séduction*. Notre droit admet que le simple mensonge suffit, et sans médire des tendresses fidèles, on peut dire que le *men-*

(1) A. Gigot. *Réforme sociale*, 1897, p. 769. Paternité et séduction.

« *songe* sera le fond des tendresses où le séducteur se dérobera. Appliquer notre droit avec ses principes à cette hypothèse, c'était rendre la séduction plus aisée. Voilà pourquoi la manœuvre toute simple nous suffit. Non, pour condamner ni même pour autoriser la preuve, mais pour fournir à la démonstration de la femme une base » (1).

La loi ne doit pas statuer en vue des exceptions, mais en vue des cas normaux : deux jeunes gens se sont rencontrés dans la rue ; leurs regards se sont croisés ; sans que leurs lèvres aient remué, leurs yeux ont révélé leurs sentiments. L'amour s'éveille dans leurs cœurs et les attire l'un vers l'autre. Un autre jour, ils se sont souri, puis se sont adressé quelques paroles ; un rendez-vous a été fixé. Il a été suivi de plusieurs autres. Puis les rencontres sont devenues plus fréquentes et plus tendres aussi ; et un jour, sans penser au mariage, sans interroger l'avenir, étourdiement, follement, la jeune fille, cédant à l'attrait des sens, s'est livrée. Elle ressent bientôt les premiers symptômes de la grossesse ; un enfant va naître. Soudain effrayé par les conséquences de son acte, poussé par l'égoïsme plus encore que par la lâcheté, le jeune homme abandonne celle qu'il a rendue mère. Or, dans cette hypothèse qui, de l'avis de tous, est d'une réalisation très fréquente, l'enfant ou son représentant se trouve privé de l'action en recherche de paternité. Sur quel fondement l'appuyer ? Où donc étaient les manœuvres dolosives, le parchemin constatant la promesse de mariage ? De quel côté la séduction s'est-elle donc exercée ? Lequel était la victime, lequel l'agresseur ? D'autre part, on ne peut parler de concubinage. L'aveu du père peut faire défaut : sous l'empire de la législation nouvelle, les lettres seront rares. L'enfant ne peut exercer son droit. Et cependant sa filiation est certaine. Tout le monde est au courant des relations qui eurent lieu entre le jeune homme et la jeune fille : les camarades de l'usine et de l'atelier ne les ignorent pas ;

(1) Viviani. Rapport à la Chambre. *Sess. extr.* 1900, n° 2078, p. 20 du rapport.

les voisins, les amis les ont vus, rencontrés maintes fois. Oui, sans doute, la fille a commis une faute ; elle a été légère, imprudente, vicieuse même ; elle ne doit s'en prendre qu'à elle seule du malheur qui lui arrive. Son grand crime, c'est de n'avoir pas réfléchi, de n'avoir pas prévu l'avenir, de ne pas connaître les subtilités des lois ! « La « vérité, dit M. Bertillon, c'est que quand une femme s'ex-
« pose à avoir un enfant illégitime, elle n'a pas cette lon-
« gue prévoyance que suppose un législateur rentier,
« bourgeois, et de plus quinquagénaire. Si elle réfléchis-
« sait si longuement, si elle prévoyait les choses de si loin,
« quelque douce que la loi puisse être pour elle, elle ne
« s'y exposerait pas. A ne consulter que la raison, dit
« Chamfort, quelle femme pour une épilepsie de quelques
« minutes, se donnerait une maladie d'une année entière ?
« Et que serait-ce si elle réfléchissait à une existence en-
« tière de privations et d'opprobre, et au poids de ce far-
« deau terrible qui consiste à élever un homme de ses
« seules ressources qui, souvent, lui suffisent à peine à
« elle-même ? Sans doute si elle y réfléchissait... mais elle
« ne réfléchit pas. Les réflexions viennent plus tard » (1).

Et l'homme, n'a-t-il pas commis une faute ? Il est même doublement coupable pour avoir provoqué la chute d'une femme et l'avoir ensuite abandonnée. Est-il donc excusable parce que la nature ne lui donne que le plaisir et le dispense de la douleur ? Faut-il que la loi elle-même vienne le dispenser généreusement de toute réflexion désagréable ? Mais, encore une fois, l'idée de faute doit être écartée du débat ; elle y est absolument étrangère. L'action en recherche de paternité n'a pas un fondement délictuel ; elle est basée sur la filiation. Un seul fait est intéressant : il est né un enfant innocent et faible, qui a des besoins et réclame assistance : il faut le nourrir et l'élever. Que celui qui est l'auteur de sa vie soit chargé de ce soin. Dans sa langue simple et fruste, Loysel exprimait fortement cette vérité naturelle : « Qui faict l'enfant, le doit nourrir ».

(1) J. Bertillon. *La statistique humaine de la France*, Paris, 1882, p. 101.

CHAPITRE V

LA PRÉSUMPTION TIRÉE DE L'ÉTAT DE CONCUBINAGE

« Boire, manger, coucher ensemble,
« Est mariage, ce me semble » (1).

Ce vieux dicton, recueilli par Loysel, nous apprend que jadis la possession d'état servait à prouver l'existence du mariage entre un homme et une femme qui vivaient ensemble, mais n'avaient point rédigé d'écrit qui constatât leur union. Déjà désuet, au temps de l'auteur des « *Institutes coutumières* », cet adage redevient d'actualité et reçoit de nos législations modernes une nouvelle consécration. Sans doute, il ne tient pas lieu aujourd'hui de preuve du mariage ; mais il sert à établir l'existence d'un état voisin du mariage, l'état de concubinage et à en déduire, en faveur de l'enfant naturel, une présomption de paternité contre le concubin. Et c'est en ce sens qu'on a pu dire avec raison que cette apparente innovation n'était qu'un retour aux vieilles traditions du droit romain qui sanctionnait juridiquement le « concubinat », et aussi aux règles suivies par nos anciens tribunaux qui faisaient résulter, nous dit Delvincourt (2), la preuve de la paternité de celle du concubinage.

Si nous avons soin de faire abstraction de toute considération morale et sociale, il nous paraît évident que, au lieu d'ignorer par principe l'état de fait qu'est le « ménage « irrégulier », la loi peut et doit en tirer de précieux éléments de preuve, en ce qui concerne la filiation de l'enfant, issu de cette union. Tout en blâmant la pratique de l'union libre, il faut convenir qu'elle constitue un état qui correspond à celui du mariage, dont elle est une image atténuée, dégradée, mais en réalité singulièrement ressem-

(1) *Institutes coutumières*, liv. I, tit. II, n° 6.

(2) Delvincourt. *Cours de code civil*, vol. I, p. 387.

blante. Quand il y a mariage légal, on présume que tous les enfants nés de la femme ont été procréés par le mari. Ne peut-on pas conclure, avec une certitude presque égale, que l'enfant, dont la conception se rapporte à l'époque du concubinage, est issu des œuvres du concubin ? Cette comparaison s'impose d'elle-même à l'esprit, et si elle a été repoussée et combattue pendant de si longues années, c'est qu'on la jugeait, pour des raisons morales, offensante pour la dignité du mariage et contraire à la protection et au respect dus à la famille légitime (1). Mais si l'on veut prendre les choses telles qu'elles sont, et ne pas avoir des mots une crainte exagérée, on doit avouer que les unions irrégulières ne peuvent plus aujourd'hui être ignorées du législateur, tant à cause de leur fréquence, certes regrettable, que dans l'intérêt de l'enfant innocent. Il faut « chercher à saisir dans l'union libre l'élément de preuve « qui y existe et qui constitue, quoi qu'on en dise, une présomption absolument admissible, permettant au juge « de se faire une conviction sur la réalité d'une filiation « naturelle contestée » (2).

En effet, sur quoi repose la présomption de l'article 312, qui attribue au mari les enfants nés de sa femme ? On en donne généralement cette raison que la fidélité de la femme est tenue pour certaine jusqu'à preuve du contraire. Il faut d'ailleurs reconnaître que dans la grande majorité des cas, les femmes mariées, les mères de famille sont à l'abri de toute défaillance et au-dessus de tout soupçon. Mais est-il juste de refuser toute vertu à celles qui vivent en concubinage, et de les supposer par principe infidèles à leur amant, sans même leur permettre de se justifier ? C'était l'opinion du Code Napoléon : présomption de fidélité pour les unes, présomption d'infidélité contre les autres. Un auteur étranger disait que, pour arriver

(1) Lire à ce sujet les débats parlementaires des 6 et 7 décembre 1883 au Sénat français. Cazot. Séances des 6 et 7 déc. Déb. parl. p. 1425 seq.

(2) Pouzol. *La Recherche de la paternité*, p. 305.

à une conclusion aussi fausse et aussi choquante « le législateur français avait dû s'en tenir exclusivement à l'observation des prostituées de la capitale » (1).

Or, s'il y a de ces unions illicites où les amants conservent leur pleine liberté d'action et ne se tiennent pas rigueur de leurs écarts de conduite respectifs, il y a des concubinages sérieux, des *faux ménages*, pour employer le mot juste, auxquels il ne manque, pour se transformer en unions régulières, que la célébration du mariage et l'accomplissement des formalités légales. Ces états de fait ont à tel point toutes les apparences du mariage, les conjoints paraissent si fortement unis et ont une attitude si digne, que, fort souvent, ils passent aux yeux du monde, pour être réellement, légalement mariés. Pourquoi refuser à l'enfant né de cette union le droit de faire constater en justice une filiation qui paraît indéniable ? (2).

Mais si l'on ne veut pas fonder la règle de l'article 312 sur une présomption de fidélité de l'épouse, et nous serions assez de cet avis, si l'on voit en elle un expédient imaginé et imposé par la société pour assurer la stabilité et la paix de la famille légitime, alors il faut dire que la société, qui a un intérêt évident à ne pas supporter la charge des enfants naturels non reconnus, doit permettre à ceux-ci d'établir leur filiation, en s'appuyant sur l'existence d'une situation de fait analogue au mariage. Dans le mariage, comme dans l'union libre, il n'y a pas, il ne peut y avoir de preuve absolue, complète de la paternité ; dans le premier cas, la société a établi une présomption pour suppléer à la preuve directe impossible. Pourquoi, si l'on peut parvenir à établir la filiation dans le mariage, ne pourrait-on pas y parvenir hors du mariage, si l'union offre des garanties suffisantes ? Soutenir le contraire, c'est nier l'évidence, contredire la réalité ; c'est avouer, comme le dit M. Amiable, que l'institution matrimoniale n'a d'au-

(1) Röder. *Kritische Beiträge über die aussereheliche geschlechtsgemeinschaft zunächst in Bezug auf dem, art. 340.*

(2) Cf. De la Grasserie, *op. cit.*, p. 153, 154. Pquzol, *op. cit.*, p. 302 seq. Jacquier. *op. cit.*, p. 91 seq.

tres sauvegardes que de fausses pudeurs et des iniquités légales !

Enfin, il faut bien reconnaître, tout en le déplorant, que les ménages irréguliers deviennent de plus en plus nombreux, surtout dans les villes. On dit que dans certains quartiers de Paris ils forment plus de la moitié des unions (1). D'aucuns, effrayés de cette inquiétante progression, préconisent l'emploi de mesures de rigueur, et voient dans le fait d'attacher des effets juridiques au concubinage, un encouragement à la désertion du mariage. Cependant, il faut bien prendre la société telle qu'elle est, telle que l'ont faite nos mœurs ; on ne peut prétendre ignorer les faits et n'en tenir aucun compte. C'est précisément le rôle du législateur d'observer la vie sociale, d'enregistrer les événements et les tendances, et de modeler son œuvre sur la réalité même ; c'est à cette seule condition qu'elle sera vivante et féconde. Ne vaut-il pas mieux réglementer l'union libre, que s'obstiner à l'ignorer systématiquement ? Le jour où elle engendrera les mêmes obligations et les mêmes devoirs que le mariage, elle n'aura plus sa raison d'être. Au reste, il est des courants d'opinions et d'idées auxquels le législateur est impuissant à s'opposer ; il peut seulement s'efforcer de les diriger, de les canaliser, car ils ont une cause profonde et s'imposent avec une force irrésistible, émanant de la moralité, des aspirations, de l'état des esprits des individus à une époque déterminée ; or c'est là un domaine qui est tout entier soustrait à l'influence des lois et des réformes législatives. « La facilité des mœurs, dit Brunetière, ne naît pas de la condescendance des lois, mais, au contraire, la condescendance des lois de la facilité des mœurs ». Et peut-être, convient-il d'ajouter avec le grand écrivain : « Si nos lois devaient permettre un jour la recherche de la paternité, bien loin d'y voir le principe d'une heureuse réforme ou correction des mœurs, il y faudra reconnaître l'une de ces diminutions de mo-

(1) Voy. Charmont. *Les transformations du droit civil*. Paris 1912, p. 72.

« ralité, que la loi même est obligée de consacrer quelquefois, afin de ne pas devenir lettre morte, et de reténir à tout prix, au milieu d'une société qui s'en va, quelque ombre au moins de son prestige antique » (1). Nous nous proposons, d'ailleurs de discuter dans nos conclusions, le bien fondé de cette critique. Mais nous n'en voulons reténir pour l'instant que cette remarque fort juste, que c'est l'évolution des mœurs qui détermine l'évolution du droit, et que certaines situations irrégulières, illégales s'imposent nécessairement à l'attention du législateur.



L'union libre est de celles-là. C'est pourquoi, les législations modernes commencent à la réglementer, et spécialement elles permettent d'en tirer la preuve de la filiation naturelle paternelle (2). Il est possible d'établir l'existence du concubinage entre un homme et une femme, de déterminer son origine et sa durée, de rapprocher ces données d'événements apparents, tels que la grossesse et l'accouchement de la femme. Dès lors, si l'époque de la conception paraît coïncider avec celle du concubinage, et s'il résulte de l'enquête et des débats, que la femme n'a pas été infidèle, on peut très vraisemblablement affirmer que le concubin est réellement le père de l'enfant. On crée donc de la sorte, une présomption analogue à celle qui existe en matière de filiation légitime. Mais, tant à cause des moindres garanties de fidélité offertes en ce cas par la femme, que de la faveur due au mariage, cette présomption a une moindre valeur ; elle peut être librement combattue par la preuve contraire. Suivant le principe général des lois sur la matière, elle est soumise, comme toute espèce de fait, à l'examen et à la critique des tribunaux. Bref, ce n'est pas une présomption légale, comme l'est

(1) Brunetière. *Revue des Deux-Mondes*, 1883, p. 380.

(2) Voy. loi française, art. 340. 4°, loi belge, art. 340 b 2°, projets italiens Gianturco et Scialoja, art. 5. 5° Code du Honduras de 1880.

celle de l'article 312, c'est une présomption simple. « Elle
« n'est, dit le rapporteur au Sénat français, qu'un élément
« de décision que pourront contrebalancer tous les faits
« et toutes les présomptions, tendant à établir que la con-
« duite de la femme, la situation de l'homme, les condi-
« tions spéciales de la survenance de l'enfant ne permet-
« tent pas de la rattacher indiscutablement à celui auquel
« on voudrait l'attribuer » (1). De même que l'aveu, cette
présomption n'a de valeur qu'autant qu'elle est sanc-
tionnée, vérifiée par les tribunaux. Tandis que la pré-
somption de l'article 312 a une force irréfragable, qu'elle
impose la paternité au mari, et ne peut être combattue que
par l'exercice de l'action en désaveu, dont le succès est
très improbable, la présomption contre le concubin peut
être détruite par tous moyens de preuve et n'a d'effets que
si, corroborée par les autres faits de la cause, elle donne
au juge la certitude de la paternité du défendeur. Ce pou-
voir d'appréciation paraît devoir calmer toutes les crain-
tes et offrir toutes les garanties désirables. Ainsi la pré-
somption fondée sur le concubinage n'est, comme on l'a
fort bien dit, qu'une « présomption d'admissibilité de l'ac-
« tion » (2). On ne saurait trop insister sur ce sujet ; car
on a tendance, surtout parmi les adversaires de la réforme
qui cherchent à la discréditer, à mettre sur un pied d'éga-
lité la présomption de l'article 312 et celle qui naît du con-
cubinage. Rien n'est plus faux. Il convenait donc de dissi-
per les équivoques et les malentendus ; et ainsi, l'on com-
prend avec son vrai sens et sa véritable portée l'adapta-
tion qui a été faite à la filiation illégitime de la règle de

(1) Rapport au Sénat français 1908, n° 369, p. 30. Cf. Guillier Sénat. Déb. *J. Off.*, 17 juin 1910, p. 1515, 2^e col. Alors même que la vie en commun sera établie, si les juges ne sont pas absolument convaincus par les documents produits, par les témoins entendus, par les rapprochements des faits constants, de la paternité du prétendu père, ils peuvent et doivent repousser la demande.

(2) Le mot est de M. le sénateur Béranger. Voy. les débats au prétendu père ils peuvent et doivent « repousser la demande ». Sénat 1883. Il a été repris par M. le rapporteur Guillier. Sénat. Déb. *J. Off.*, 17 juin 1910, p. 1515.

la filiation légitime : *Pater is est quem concubinatus demonstrat*.

Nous ne reprendrons pas l'examen des arguments fournis au Parlement français, en faveur de la solution adoptée par la loi. Contentons-nous de dire que les rapporteurs ont fait, toutes proportions gardées, d'intéressants rapprochements entre le mariage et l'union libre, au point de vue de la recherche de la paternité. On peut même constater qu'ils ont fait preuve dans cette comparaison, de beaucoup de prudence et de tact. Ils ont su rendre au mariage l'hommage dont il est digne, tout en plaidant avec force la cause de l'enfant naturel. Mentionnons seulement un argument que nous avons passé sous silence, mais qui figure dans le rapport au Sénat. M. Guillier a rappelé un cas où le Code civil applique la présomption de l'article 312 alors qu'il n'y a pas d'union légale. Il s'agit des mariages nuls. Les enfants sont cependant tenus pour légitimes. Et pourtant, dit le rapporteur « la nullité des mariages contractés au mépris des dispositions impératives du Code civil (art. 147, 161, 164, 191) a pour conséquence forcée de transformer en concubins ceux qui, sciemment, ont tenté de s'unir dans des conditions que la loi ne peut pas tolérer. Pourquoi donc le Code reconnaît-il des droits aux enfants issus de ces unions (art. 201-202) ? » (1). Malheureusement, cet argument n'a aucune valeur. En effet, l'hypothèse où se place M. Guillier, c'est-à-dire celle où des personnes ont sciemment contracté une union nulle est précisément l'hypothèse inverse de celle que supposent, qu'exigent même les articles 201 et 202 du Code civil. Le Code n'accorde de droits aux enfants que si l'un des époux au moins a été de bonne foi, c'est-à-dire a ignoré le vice qui annulait le mariage; il faut également qu'il y ait eu une forme quelconque de célébration (mariage « contracté » de bonne foi, dit le texte) (2). Or, ces deux conditions essentielles, pour qu'il y ait mariage putatif, font précisément défaut dans le cas de concubinage. Aussi l'argument de

(1) Guillier. Rapp. au Sénat. 1908, n° 369, p. 31.

(2) V. Planiol, t. I, n° 1107.

M. Guillier ne porte pas ; il n'y a aucune analogie entre les deux situations. Le ménage irrégulier s'établit d'ordinaire, sans l'ombre même d'une formalité : c'est une de ses caractéristiques. Et je ne sache pas qu'on puisse trouver le cas d'une personne assez naïve, assez simple, pour croire de bonne foi à la régularité d'une telle union ! Mais qu'importe la valeur de l'argument tiré des articles 201 et 202 du Code civil. La cause est entendue.

Ce qui frappe dès l'abord l'esprit, quand on parcourt les discussions auxquelles a donné lieu l'admission de ce cas de recherche de paternité, ce sont les *hésitations* et les *scrupules* qu'a éprouvés le législateur pour désigner cet état de fait : cette situation irrégulière et illégale qu'est le concubinage.

En France, le projet de loi présenté par MM. Rivet et Bérenger en 1905 et qui fit l'objet d'un rapport de M. Guillier en 1908 avait choisi l'expression plus voilée, mais moins précise de « cohabitation ». Une vive discussion s'engagea sur ce terme, lors de la première discussion au Sénat, et permit de déterminer le sens des mots employés. On a l'impression très nette que tous les orateurs ne cessèrent de s'entendre parfaitement sur le genre de situation que visait le texte du projet. Mais d'aucuns trouvaient équivoque le terme « cohabitation » et ainsi toute la discussion porta sur une question de mots. Assurément, l'expression « cohabitation » n'était ni claire, ni précise. Comme le firent justement remarquer MM. de Lamarzelle et Richard (1), il y a des cas fréquents de cohabitation d'un homme et d'une femme, sous un même toit, sans qu'on puisse établir ni même supposer entre eux aucun rapprochement sexuel. Avec la rédaction du projet, un grand nombre d'hommes veufs, de célibataires pourraient être l'objet de poursuites éhontées de la part de leurs servantes (2). Il y a en effet entre eux cohabitation, au moins

(1) Sénat. Déb. J. Off., 17 juin 1910, pp. 1514, 1515.

(2) M. de Lamarzelle citait le cas de deux domestiques de sexe différent servant chez le même maître ; il rappelait aussi l'ancienne jurisprudence qui, en matière de séparation de corps, décidait que la femme de service était réputée tenue dans la maison commune.

dans le sens étymologique du mot, ils habitent ensemble, dans la même maison ; ils ne sont pas nécessairement des concubins. Si l'on analyse ce dernier terme, et qu'on le prenne dans sa véritable acception, on s'aperçoit qu'il désigne tout autre chose, ou plutôt une chose beaucoup plus précise que l'expression vague « cohabitation ». A vrai dire, peut-on sincèrement se méprendre sur le sens de ces mots ; qui ne voit la différence qui sépare la cohabitation du concubinage ? M. Guillier avait donné dans son rapport, une définition qui ne pouvait laisser aucun doute sur le sens du terme employé par le projet. « Quand « un homme et une femme se sont entendus pour mener « la vie commune, quand leur réunion sous le même toit « ne peut s'expliquer par aucun autre motif, tel que la « domesticité, quand ouvertement ils ont donné à leur « association les apparences d'un faux ménage, la survenance d'un enfant implique logiquement qu'il est issu « des œuvres de l'homme » (1). On était donc d'accord sur la chose, on ne l'était pas sur le mot. Et pourtant, à la trop grande fréquence de cette situation de fait correspond une riche variété d'expressions, concubinage, ménage irrégulier, union libre, etc. C'est le choix qui paraît le plus embarrassant. Mais la vraie raison de ces subtilités et de ces arguties, c'est qu'on hésitait à introduire dans un texte de loi le mot précis, le mot adéquat à la chose ; on craignait d'abord, comme on l'a dit, de « froisser la pudeur grammaticale du Sénat ». On voulait surtout ne point paraître donner une sanction juridique à un état de fait, qui constitue une infraction à l'autorité des lois ; le législateur éprouvait des scrupules à employer certain terme qui pourrait faire croire à nombre de citoyens qu'il reconnaît et autorise presque des faits illégaux, immoraux, qu'il a le devoir de réprouver et de condamner. Des esprits timorés ne manqueraient pas de conclure qu'on poursuivait ainsi la réglementation de l'union libre, et qu'on finirait par

(1) Rapport au Sénat 1908, n° 369, p. 29. De cet état de fait appelé concubinage... *eod loc.* Cf. Guillier, Sénat. Déb. *J. Off.*, 17 juin 1910, p. 1515.

consacrer dans le Code deux sortes d'unions, le mariage légitime et le concubinat à la mode romaine (1).

Enfin, l'on se décida, après bien des hésitations, à introduire dans la loi le terme « concubinage », qui seul était clair et précis, et se recommandait par ces qualités, au choix du législateur : « 4° Dans le cas où « le père prétendu et la mère ont vécu en état de concubinage notoire, pendant la période légale de la conception ». On ne peut qu'approuver, au point de vue de la bonne langue juridique, la rédaction de ce texte, et l'emploi du terme juste de « concubinage ». Mais ceci ne nous interdit pas de regretter, au nom de la morale, que le législateur ait été contraint par l'état des mœurs actuelles de reconnaître et de sanctionner, à cause de sa trop grande fréquence, la déplorable situation qu'est l'union libre : c'est là un événement très significatif, et qui fait date dans l'histoire du droit moderne.

Il faut cependant avouer que le terme « concubinage » n'a pas aplani toutes les difficultés. Il est, en effet, beaucoup plus restrictif que le mot « cohabitation ». Il a, pour employer une expression usitée en logique formelle, une compréhension moins étendue. Or, si la cohabitation n'implique pas nécessairement le concubinage, il y a certains cas de cohabitation qui sont des cas de concubinage. On craignait, en employant le terme « cohabitation », d'exposer les célibataires et les veufs à des manœuvres de chantage, de la part de leurs domestiques. Mais personne n'ignore que parfois, trop souvent même, ils ont, avec leurs femmes de service, avec leurs « gouvernantes », des rapports intimes. Ainsi les rôles sont changés : de servantes elles deviennent maîtresses. Mais le rapport au Sénat nous dit : « Quand l'union d'un homme et d'une femme, « sous le même toit, ne peut s'expliquer par aucun autre « motif, tel que la domesticité... » (2). Précisément, dans

(1) Cf. Sénat. Déb. *J. Off.* 7 déc. 1883. p. 1429. Discours de M. Cazot.

(2) Rapport au Sénat, 1908, n° 369, p. 29.

notre hypothèse, qui n'a rien de chimérique, il y a réellement concubinage, mais il y a le motif de la « domesticité » qui sauve les apparences. Voilà donc une catégorie relativement importante de concubins qui pourrait échapper, grâce à ce subterfuge, à l'application de la loi. Il faut espérer que, grâce à leur large pouvoir d'appréciation, les tribunaux sauront discerner les cas de simple cohabitation et de concubinage réel.

Le texte de la loi belge est beaucoup plus vague que celui de la loi française. « La preuve de ces relations peut « résulter de leur caractère habituel et notoire » (article 340 *b* 2°). C'est, qu'en effet, le législateur belge ne s'est point décidé à employer le terme de « concubinage » ; le choix de l'expression a donné lieu en Belgique aux mêmes craintes, aux mêmes hésitations qu'en France. Le projet de la Section centrale avait hardiment proposé le mot « concubinage » qu'elle avait, dit le rapporteur, préféré au terme équivoque « cohabitation » (1). Mais au cours de la discussion à la Chambre, on fit à la rédaction du projet le reproche singulier d'être « peu nette » et d'exiger un commentaire. En réalité, on la trouvait trop osée. Alors, les députés belges s'ingénierent désespérément à découvrir une expression « décente », mais adéquate à la chose. Le ministre de la justice, Van den Heuvel, proposait la rédaction suivante, à son avis plus explicite : « S'il est de notoriété que le père prétendu a vécu maritalement avec « la mère depuis le 300^e jusqu'au 180^e jour avant la « naissance » (2). Cependant, un grand nombre d'orateurs s'accordaient à donner leur préférence au mot « concubinage » et à lui reconnaître toutes les qualités désirables de précision et de clarté. Mais le principal motif ou, du moins, le motif officiel, pour lequel la Chambre des Représentants repoussa ce terme et adopta la rédaction du ministre de la justice, c'était qu'on exigeait la continuité absolue, sans aucune interruption, des relations intimes

(1) Projet Mabilie, art. 1. 1°. Voy. Rapport à la Chambre (Colaert) n° 5, p. 11, 2° col.

(2) Van den Heuvel. Chambre belge 1906, n° 22, p. 26, 1^{re} col.

entre la mère et le défendeur, pendant toute la durée légale de la conception. Nous reviendrons bientôt sur ce point important (1). Mais dès qu'au Sénat on décida de n'accorder, en ce cas, à l'enfant naturel qu'une pension alimentaire, on devint soudainement plus large, quant à la preuve ; les controverses cessèrent. On n'hésita pas à adopter la formule la plus libérale qui ait été proposée à la Chambre des Représentants : « relations habituelles et « notoires » (2). On évitait ainsi d'employer le mot « concubinage » ; et l'on élargissait singulièrement le texte voté par la Chambre des Représentants. Mais enfin, on a eu recours à une périphrase pour désigner une chose fort connue qui pouvait être excellemment exprimée par un seul mot, aussi clair et plus précis : celui que n'a pas craint de choisir le législateur français. Pourquoi ne pas appeler les choses par leur nom ? Pourquoi avoir de ces fausses hontes ? Ce sont, malheureusement de vains scrupules de ce genre qui ont constitué les plus sérieux obstacles à la réforme de l'article 340 du Code Napoléon. Et c'est le cas de dire, avec Boileau :

Je ne puis rien nommer, si ce n'est par son nom,
J'appelle un chat un chat, et Rollet un fripon (3)

**

Mais à quelles conditions le concubinage peut-il servir de fondement à l'action en recherche de paternité ? On exige en général qu'il soit *notoire* (4), ce qui semble vouloir dire que les amis, les voisins, les habitants du quartier ou de la ville devront être renseignés sur l'irrégularité de la situation des concubins. « Il y aura concubinage notoire, dit

(1) Voy. *infra*, p. 224 et suiv.

(2) Rapport au Sénat belge n° 106 § 2 p. 128. « Quand il ne s'agit « que d'une indemnité pécuniaire, dit-il, il n'y a pas de raisons « d'être aussi rigoureux ».

(3) Boileau. 1^{re} *Satire*, vers 51, 52.

(4) V. texte de la loi française, art. 1, 4° Loi belge art. 340 b, 2° Projet Scialoja, art. 1, 5°. Voy. Lyon, 5 juin 1913, *précité* ; Brioude, 11 juillet 1913, *précité* ; Marseille, 9 oct. 1913 ; Droit, 13 déc. 1913, *précité* ; Nancy, C. d'appel, 3 janv. 1914, *précité*.

« le rapport au Sénat français quand, ouvertement, « l'homme et la femme ont donné à leur association les « apparences d'un faux ménage » (1). Il est manifeste que cette phrase n'est pas adéquate à la pensée de l'honorable rapporteur. Il existe, particulièrement dans les grandes villes, de nombreux cas de concubinage. Or, l'homme et la femme vivent comme s'ils étaient légalement mariés, et se gardent bien d'ordinaire de se prévaloir du titre de concubins. C'est un grand hommage qu'ils rendent ainsi au mariage, puisqu'ils éprouvent le besoin de l'imiter, et le prennent pour modèle. Ils affectent même d'afficher extérieurement toutes les apparences d'une union légalement contractée, très digne et très correcte. Les voisins, les amis eux-mêmes les croient réellement mariés, les voyant vivre réellement comme mari et femme. Il est donc impossible de respecter, sur ce point, les termes du rapport, sans exclure de l'application de la loi le nombre trop considérable de ces unions illicites qui ont toutes les marques extérieures, non point de faux ménages, mais bien de véritables ménages, de ménages réguliers et légaux. D'ailleurs, d'une façon générale, il est fort regrettable que les législateurs aient exigé cette condition de la notoriété. Il y a aussi, à côté des hypothèses que nous venons de citer, des cas nombreux de concubinage où le secret le plus absolu est gardé. Les amants prennent grand soin de ne pas laisser percer le mystère de leurs relations ; celles-ci restent ignorées de tous. De telles situations, dans lesquelles la discrétion est presque un rachat de la faute, en tous cas une garantie plus certaine de la fidélité de la femme, ne peuvent être soustraites à l'autorité de la loi, pour cette unique raison que le public n'était point initié au secret de cette affaire privée. Dès lors qu'on conférait aux tribunaux un large pouvoir d'appréciation, puisqu'ils pouvaient examiner et peser toutes les circonstances de la cause, il était parfaitement inutile d'avoir cette exigence de la notoriété publique. C'est au juge à rechercher si le concubinage a réellement existé, et s'il a été assez durable

(1) Rapport au Sénat français 1908, n° 369, p. 29, 30.

pour entraîner contre l'homme une présomption de paternité. Mais ce n'est pas au public qu'il appartient de s'immiscer dans l'intimité des particuliers. On eût pu d'ailleurs, si la nécessité s'en fût fait sentir, interroger les voisins, les fournisseurs, les gens de service. On eût ainsi évité, dans la plupart des cas, cette enquête scandaleuse qui permettra au concierge de satisfaire sa curiosité et d'exercer ses petites vengeance, aux domestiques de livrer malicieusement les résultats de leur espionnage, aux voisins et peut-être aussi aux amis, de broder sur cette petite affaire assez divertissante les récits les plus circonstanciés, et de lui donner la publicité la plus étendue.

Par contre, il n'est pas nécessaire que le concubinage ait eu lieu dans l'habitation du père prétendu. M. Richard avait déposé, en ce sens, au Sénat français, un amendement (1) qui fut vivement combattu (2) et finalement abandonné par son auteur. En effet, cette exigence était injustifiable. Cette question de lieu ne présente aucun intérêt. Bien plus, l'abandon du terme cohabitation et certain passage du rapport à la Chambre permettent de penser qu'il n'est pas même nécessaire que les concubins habitent ensemble. Bref, la cohabitation n'est pas une condition indispensable de l'application de la loi (3). Sans doute, les expressions de « faux ménage », « vie sous le même toit », employées fréquemment dans les débats semblent contredire cette opinion. Mais lisons ce passage très catégorique du rapport à la Chambre : « Il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu une cohabitation constante du père et de la mère, et il ne faut pas hésiter à comprendre sous cette rubrique que jusqu'aux *liaisons* assez fréquentes dans un certain monde, dans lesquelles la maîtresse vit, hors du domicile particulier de son amant » (4). Il faut souhaiter que les tribunaux s'inspirent de cette interprétation très libé-

(1) Sénat. Déb. parl. *J. Off.*, 17 juin 1910, p. 1514, 1^{re} col.

(2) Sénat. Déb. parl. *J. Off.*, 17 juin 1910. Guillier. De Lamarzelle. Barthou, p. 1515 et 1516.

(3) En ce sens Wahl *loc. cit.*, n° 43, p. 41. Brun, *op. cit.*, p. 89.

(4) Rapport à la Chambre 1911. Viollette, p. 36.

rale et très juste, qui seule peut assurer une application utile et féconde de la loi.

Il faut cependant que les relations entre la femme et le défendeur aient été assez fréquentes, répétées, *habituelles*, comme dit la loi belge. D'ailleurs, il n'y aurait pas concubinage s'il n'y avait eu qu'un ou quelques rapprochements. Cet état implique nécessairement la continuité des relations. Il y a encore là un élément de fait qui est laissé à l'appréciation des tribunaux, et que ne pouvait pas déterminer, d'une façon précise, un législateur. Néanmoins, à la Chambre belge, certains représentants désiraient qu'on définît exactement l'état de concubinage ; quelle devait être sa durée, quels devaient être ses caractères. Naturellement, on ne fit à ces questions saugrenues que de très vagues réponses, comme celles-ci : « le concubinage doit « avoir duré pendant un temps raisonnable ». Mais que faut-il entendre par « temps raisonnable » ? (1). Cette question de la durée du concubinage est en effet l'une des plus difficiles et des plus délicates à résoudre. Considérons d'abord la solution du législateur français. Il ressort très nettement des travaux préparatoires qu'il n'est pas indispensable que l'état de concubinage ait perduré pendant toute la période légale de la conception, c'est-à-dire du 300^e au 180^e jour avant la naissance. Il suffit qu'il y ait eu état de concubinage au cours de cette période (2) ; il reste convenu que le concubinage, étant un état, a dû perdurer pendant un certain temps. M. Viollette a pris soin de donner sur ce point difficile de précieuses indications : « Sans « doute, dit-il, la plupart du temps le concubinage est assez « durable pour qu'il laisse peu de place à la discussion. « Toutefois, dans les cas extrêmes, lorsque la conception « coïncidera avec les premiers rapports de la mère et du « père prétendu, ou, au contraire, lorsque ce dernier abandonnera sa maîtresse, dès les premiers symptômes d'une

(1) Colaert, Chambre belge, n° 47, p. 48, 1^{re} col..

(2) En ce sens Wahl. *loc. cit.*, n° 42, p. 40. — Cf. Tunis, 10 mars 1914. *Gaz. Trib.*, 25 avril 1914.

« maternité possible, la tâche des tribunaux pourra de-
« venir assez délicate. Mais, même dans cette espèce, tout
« en conservant leur droit souverain d'appréciation, les tri-
« bunaux auront, pour fonder leurs décisions, les bases
« qui leur sont fournies par le Code civil lui-même. Je
« suppose, par exemple, que l'enquête n'établisse le con-
« cubinage, que jusqu'à une date se rapprochant assez
« sensiblement de l'époque de la conception. A supposer
« qu'il ne soit pas établi que la mère n'a pas conservé
« toujours une attitude honnête, le juge trouverait dans
« les présomptions relatives aux enfants, nés plus de 180
« jours après la constatation du mariage ou moins de 300
« jours après sa dissolution, des indications qui devraient
« être d'ailleurs recoupées par d'autres éléments d'appré-
« ciation » (1).

Ainsi, aisément résolue en France, cette question de la *durée* du concubinage et de sa coïncidence avec la conception, a soulevé à la Chambre belge d'interminables discussions.

Nous avons déjà cité l'amendement du ministre de la Justice ainsi rédigé : « S'il est de notoriété publique que le
« père prétendu a vécu maritalement avec la mère, de-
« puis le 300^e jusqu'au 180^e jour avant la nais-
« sance » (2). On voulait, par ce texte précis, imposer la condition que le concubinage ait duré, d'une manière ininterrompue, pendant toute la période légale de la conception. Et, pendant des séances entières, on subtilisa, on chicana, on joua sur les mots. Ce n'est, disait le ministre de la Justice, ni un concubinage éphémère, ni un acte isolé de cohabitation qui suffit à fonder une présomption sérieuse de paternité contre un amant de passage. On n'aurait plus alors aucune garantie de la fidélité de la femme. Mais si les relations ont perduré pendant plusieurs mois consécutifs, alors, mais alors seulement, on peut croire que la mère s'est livrée pendant tout ce temps à un amant unique, et les vraisemblances que celui-ci est bien le père de

(1) Rapport à la Chambre 1911. Violette, p. 37.

(2) Van den Heuvel. Chambre 1906, n° 22, p. 26, 1^{re} col.

l'enfant, acquièrent une véritable force (1). Admettre la solution inverse, c'est accorder une « prime au chantage » (2). Certainement, mais M. Van den Heuvel se plaçait dans des cas où, précisément, on ne peut pas dire qu'il y ait concubinage. « Dira-t-on que deux personnes « vivent en concubinage, lorsqu'il s'agit de rapports momentanés, ou de quelques semaines ? Le juge devra tout « naturellement donner à ce terme le sens que leur donnent la langue et l'usage » (3). Le concubinage, d'après le Dictionnaire de l'Académie, est l'état de deux personnes qui vivent maritalement sans être mariés. Puisque c'est un état, il implique nécessairement une certaine durée, une certaine permanence. Mais il serait certes malaisé et arbitraire d'assigner un délai quelconque de tant de mois, de tant de jours, au-dessous duquel on ne pourrait plus dire qu'il y a concubinage. Ce sont là des questions de fait que la loi ne peut avoir la prétention de régler, sans tomber dans le ridicule et l'absurde, et qu'elle doit laisser à la libre appréciation des tribunaux (4). Mais si l'on élargit le débat et qu'on ne s'attache pas à une pure querelle de mots, ne paraît-il pas exorbitant, d'exiger que le concubinage ait continué sans interruption, pendant toute la durée légale de la conception ? Il suffirait donc pour se soustraire à toute poursuite, qu'un homme abandonne la femme qu'il a séduite, dès qu'il s'aperçoit que celle-ci est enceinte (5). Et

(1) Van den Heuvel. *eod. loc.*, n° 48, p. 50 ; n° 79, p. 105. Woeste. n° 25, p. 28 ; n° 41, p. 43, 44.

(2) Van den Heuvel. n° 79, p. 107, 2° col.

(3) Mabille. n° 37, p. 38 ; n° 38, p. 39. Cf. Hoyois. n° 39, p. 41. Carton de Wiart. n° 31, p. 31. Colaert. n° 47, p. 48.

(4) Mabille. Chambre, 1906, n° 37, p. 38. Carton de Wiart. *eod. loc.*, n° 31, p. 31, 2° col.

(5) Cette hypothèse douloureuse, malheureusement fréquente, fut signalée par tous les orateurs.

Mabille. *loc. cit.* Carton de Wiart. *loc. cit.* Vandervelde, n° 40, p. 43, 1° col. Colaert, n° 47, p. 48, 2° col. Vandervelde, n° 79, p. 105, 2° col. On a cité également le cas où la mère serait transportée, par suite de maladie, dans un hôpital, avant l'accouchement ; celui où le père, mauvais sujet, serait incarcéré.

ainsi, aggravée par une nouvelle faute, la conduite infâme du père serait pour lui le plus sûr garant de l'impunité ! Ce serait, pour employer l'expression de M. Vandervelde, répondant au mot du ministre de la Justice, accorder une « prime à l'immoralité et à l'abandon ! » (1).

La Chambre des Représentants se rangea à l'avis du ministre de la Justice, car elle jugeait nécessaire de formuler de sérieuses garanties, afin de mettre le défendeur à l'abri de toute manœuvre de chantage (2). De telles précautions paraissaient d'autant plus indispensables qu'on attribuait au jugement de déclaration de paternité, des effets plus considérables. Mais, ainsi que nous l'avons déjà constaté, les controverses cessèrent instantanément, dès qu'il ne fut plus question, au Sénat, que d'accorder une pension alimentaire à l'enfant naturel. L'action avait alors moins d'attrait, partant le chantage moins d'occasions de s'exercer.

On pouvait donc, sans danger, devenir plus libéral. Le rapport au Sénat, après avoir rappelé la longue discussion de la Chambre, consacre ce revirement soudain : Quand « il ne s'agira plus que d'une indemnité pécuniaire, dit-il, « il n'y a pas de raison pour être aussi rigoureux » (3). On se contenta de demander seulement la preuve de relations habituelles et notoires (4), sans exiger qu'elles se soient prolongées pendant toute la durée légale de la conception. C'est ainsi qu'à chaque pas nous trouvons de nouvelles confirmations de la loi sociologique d'oscillation entre la facilité de la preuve et la plus ou moins grande étendue des effets. La loi belge n'accorde dans le cas de concubinage qu'une simple action alimentaire; en revanche, la rédaction très large et très vague du texte permet de prévoir toutes les variétés possibles de concubinage.

(1) Vandervelde. Chambre, 1906, n° 79, p. 107, 2° col.

(2) Van den Heuvel nos 48, p. 49; 33, p. 34-35, n° 79. p. 105-106.

(3) Rapport au Sénat 1907, n° 106, p. 128.

(4) Voy. Bruges, 9 mars 1910, *Pasicr. belge*, 1912.3.223. Arlon, 19 déc. 1912. *Pasicr. belge*, 1913.3.57.

Enfin, il est nécessaire, pour qu'il y ait présomption de paternité, que le concubinage ait eu lieu *au cours de la période légale de la conception*. C'est donc la durée légale de la grossesse admise en matière de filiation légitime, qui constitue la base d'appréciation des tribunaux. Nous avons déjà critiqué cette extension de la présomption de l'article 312 à un domaine très différent. Est-il besoin de faire remarquer qu'il est impossible de déterminer, même de façon approximative, la date à laquelle a commencé le concubinage ? Il est bien difficile, dans ces conditions, d'appliquer la présomption. Peut-être l'expertise médicale proposée par M. Félix Martin eût-elle donné, dans ces cas, d'excellentes indications ? On songe au cas où l'enquête n'établirait l'existence du concubinage qu'à une date postérieure, à l'époque probable de la conception. L'enfant serait donc né moins de 180 jours après le commencement du concubinage. On sait que cet enfant est tenu pour légitime quand les parents sont mariés. Mais que décider dans notre hypothèse ? Il se peut fort bien que le concubin soit réellement le père de l'enfant et ait eu des relations avec la mère, avant de vivre en concubinage véritable avec elle. Si l'on se base sur la présomption de l'article 312, l'action sera inéluctablement rejetée. Il apparaît donc que la règle de l'article 312 ne saurait être appliquée avec la même rigueur, en matière de filiation illégitime, qu'en matière de filiation légitime. Alors qu'elle constitue pour la filiation légitime une présomption légale, elle n'est, pour la filiation illégitime, qu'une présomption simple : on ne saurait établir de différence, sur ce point, entre le premier et le second alinéa de ce même article. Ce qui est vrai pour l'un est vrai pour l'autre. Il faut concilier cette règle absolue et rigide avec le libre pouvoir d'appréciation qui appartient aux tribunaux et leur laisse toute latitude pour déclarer ou ne pas déclarer, selon les circonstances et les espèces, la paternité du défendeur (1).

(1) Voy. Defrénois, *loc. cit.*, n° 41, p. 36. — Viollette, *Rapport à la Chambre, loc. cit.*, p. 37.

On décide de même, en Belgique, que le juge a un pouvoir d'appréciation pour décider si la preuve de la paternité résulte de témoignages qui concernent plus spécialement des relations ayant existé *avant* ou *après* l'époque (1) légale de la conception. D'ailleurs le texte imprécis de la loi belge se prête mieux que celui de la loi française à cette interprétation large.

Remarquons enfin que les faits de concubinage peuvent être prouvés et établis à l'aide de *toutes les voies de droit ordinaires*, sans aucune restriction. Aucun écrit, ni commencement de preuve par écrit n'est exigé. « L'inconduite « et sa notoriété seront prouvées, dit M. Guillier, dans les « mêmes conditions que la possession d'état, la cohabitation et les autres faits susceptibles d'être établis par témoignages » (2). Le rapporteur au Sénat belge n'est pas moins affirmatif (3), mais il ajoute : « Il est évident qu'il ne suffira pas d'un témoignage isolé : il faudra un concours « de témoignages suffisant pour établir et la notoriété et « l'habitude » (4). Cela va de soi.

(1) Leclercq. *op. cit.*, n° 40, p. XXXIX.

(2) Guillier. Rapport au Sénat, 1908, p. 36.

(3) Rapport au Sénat belge, 1907, n° 106, p. 128.

(4) Goblet d'Aviella, rapporteur. Sénat, 1907, n° 187, p. 184, 1^{re} col.

CHAPITRE VI

LA PRÉSUMPTION GÉNÉRALE DE PATERNITÉ DANS LES LÉGISLATIONS APPARTENANT AU GROUPE GERMANIQUE

—

Les législations appartenant au groupe germanique sont beaucoup plus libérales que les législations latines, quant à l'organisation de la preuve de la paternité naturelle. Tandis que celles-ci n'autorisent la recherche de la paternité que dans certaines hypothèses, limitativement déterminées, et aggravent parfois les modes de preuve, les législations germaniques permettent au demandeur d'établir sa filiation, *sans distinguer aucun cas*, et en lui ouvrant *largement* toutes les voies de droit. Mais elles ne peuvent exiger du demandeur qu'il fournisse la preuve complète, absolue de la paternité : c'eût été rendre impossible, en fait, l'exercice de l'action. Il faudrait, en effet, logiquement, pour démontrer la paternité d'un homme, qu'on prouvât deux choses : d'abord, que le défendeur a eu des relations intimes avec la mère, à l'époque de la conception ; et puis, que ce rapprochement a été la cause de la grossesse. Ce serait là la preuve directe, parfaite, de la paternité ; mais on ne saurait l'imposer au demandeur, sans lui interdire, en fait, de rechercher et d'établir sa filiation. Or, toutes les fois que la preuve complète d'un fait ne peut être fournie, la loi a recours à certains expédients, tels que des présomptions. Elle déduit d'un fait connu un fait inconnu. Il est certes fort possible et relativement facile de prouver l'existence de relations charnelles entre un homme et une femme ; on exigera donc seulement du demandeur qu'il établisse la réalité de ces rapprochements, et on en conclura, on en présumera que l'homme désigné est, jusqu'à preuve du contraire, le père de l'enfant. Cette contre-preuve incombe au défendeur, qui, s'il veut combattre l'ef-

fet de la présomption qui pèse sur lui, doit démontrer qu'il n'a pas cohabité avec la mère, ou que ses relations avec elle n'ont pas nécessairement déterminé la conception, parce que d'autres individus ont également connu la mère pendant la période critique. Tel est le système admis dans les pays de civilisation germanique. Il est formulé en ces termes par le Code civil allemand : « Als Vater des unehelichen Kindes im Sinn der §§ 1708 bis 1716 gilt, wer » der Mütter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt hat, « es sei denn, dasz auch ein anderer ihr innerhalb dieser Zeit beigewohnt hat » (art. 1717, al. 1. C. C. all.).

Au point de vue strictement logique et juridique, cette solution est irrationnelle et fausse. L'Exposé des Motifs du Code civil suisse (1) reconnaît tout ce qu'il y a d'illogique dans une présomption qui n'est pas justifiée par l'existence d'un mariage. Mais il ajoute qu'il fallait ou accorder cette présomption ou se contenter d'une simple vraisemblance de la paternité. Le système est ainsi imposé par la nécessité et justifié par des raisons d'ordre pratique (2). Mais il convient de distinguer soigneusement la présomption de paternité en matière de filiation illégitime de celle qui existe en matière de filiation légitime. La règle : *pater is est quem nuptiæ demonstrant* ne saurait s'appliquer avec une égale force, quand il s'agit de conception hors mariage. Ici, en effet, nous n'avons aucune garantie de la fidélité de la femme ; nous en avons même beaucoup moins que dans le cas de concubinage. Il convient, en effet, de bien remarquer que la présomption des législations germaniques est infiniment plus générale, plus large que la présomption admise par les pays latins, contre le concubin. Ce serait une grave erreur de prendre le terme « Beiwohnung » (3) dans le sens étroit de concubinage, il désigne tout rapprochement sexuel, tout commerce char-

(1) *Exposé des motifs du C. C. suisse*, t. I, p. 225. Cf. *Motifs du C. C. allemand*, IV, p. 883.

(2) Rossel et Mentha. *op. cit.*, t. I, p. 378.

(3) Sur la notion de la « cohabitation Beiwohnung », voy. *Schweiz. Jurist. Zeitung*, 1912, p. 159.

nel (geschlechtliche Vermischung) entre un homme et une femme ; peu importe que le rapprochement ait été unique, accidentel, sans lendemain. *Un acte isolé suffit*. Cette remarque est fort importante, car d'excellents auteurs ont parfois commis sur ce point de lourdes erreurs (1). Les législations germaniques apparaîtraient donc comme beaucoup plus restrictives que les législations latines, en ce qui concerne la preuve de la paternité ; elles ne sembleraient l'autoriser qu'en cas de concubinage. Or, c'est le contraire qui est la vérité : elles facilitent, de la façon la plus libérale, la recherche de la filiation naturelle. Cette générosité s'explique d'ailleurs par ce fait, que les effets attachés à l'action sont très restreints et fort peu étendus.

Ceci dit, il faut insister sur la différence de situation entre l'enfant naturel et l'enfant légitime, au point de vue de la preuve de la paternité. Ce dernier n'a pas à rechercher ni à établir sa filiation. Le seul fait de la naissance lui confère le titre d'enfant légitime. Il n'a rien à prouver ; bien plus, il reçoit et conserve de droit cette qualité jusqu'à preuve du contraire. C'est au mari à établir qu'il est pas ou n'a pu être le père de l'enfant. La présomption légale de l'art. 1591 du Code civil allemand contient, en réalité, une double présomption : étant donné l'état de mariage entre un homme et une femme, on présume que le mari a cohabité, c'est-à-dire a eu des rapprochements sexuels avec sa femme, pendant la période légale de la conception. Puis on présume également que ces relations ont déterminé la conception, à moins que, d'après les circonstances, il soit impossible que l'enfant soit issu des œuvres du mari. Mais alors, c'est à celui-ci qu'incombe la charge de faire la preuve de l'impossibilité, s'il veut contester la légitimité de l'enfant. Au contraire, en matière de filiation naturelle, le fait de la naissance unit bien l'enfant à la mère, mais ne crée aucun lien juridique entre le père et l'enfant. Si le père ne fait pas l'aveu de sa paternité, l'enfant doit le rechercher et prouver qu'il est l'au-

(1) Voy. Pouzol, *op. cit.*, p. 307.

teur de sa naissance. Mais comme il est physiologiquement impossible d'apporter une telle preuve, la loi est venue en aide au demandeur, en créant en sa faveur une *présomption*. Et grâce à cet expédient, elle résout un problème scientifiquement insoluble. Mais — et voici la première différence qui distingue l'enfant légitime et l'enfant naturel — les législations germaniques n'accordent à ce dernier que l'un des éléments de la présomption de paternité admise en matière de filiation légitime. Comme la mère n'est pas mariée, il n'y a aucune raison pour qu'on présume que ce soit tel individu plutôt que tel autre qui ait cohabité avec elle. L'enfant a donc la charge de prouver que tel homme déterminé a eu avec sa mère pendant la période légale de la conception un ou plusieurs rapprochements sexuels. De cette preuve est dispensé l'enfant légitime. Mais on a ainsi exigé le maximum de l'enfant naturel. Ce serait rendre l'action illusoire que de lui imposer la tâche de démontrer que ce rapport charnel était réellement la cause de la grossesse de sa mère. La loi présume donc que l'homme désigné est le père de l'enfant. Elle a ainsi décomposé la règle : *Pater is est...* en ses deux éléments ; elle a accordé seulement l'un d'eux à l'enfant naturel.

Mais il faut relever une seconde différence entre les deux présomptions de la filiation légitime et de la filiation naturelle. La première est absolue ; elle s'impose : c'est une présomption légale. La seconde n'est qu'une *présomption simple, juris tantum* (1) ; elle peut être librement combattue par la preuve contraire. Elle n'a de valeur que si elle est confirmée par les faits de la cause, que si elle paraît être conforme à la réalité. En effet, on ne saurait avoir dans le domaine de l'illégitimité la certitude morale « moralische Gewissheit » (2), que la femme n'a eu commerce qu'avec un seul individu. On ne peut, de plus, accorder à ceux qui se sont mis hors la loi, les mêmes

(1) Mohr. *op. cit.*, p. 90, et tous les auteurs.

(2) Kuhlenbeck. *Pandekten*, IV, § 42.

faveurs que réclament la dignité du mariage et la protection de la famille légitime. Bref, il ne peut y avoir, rationnellement, dans l'illégitimité, de véritable présomption de paternité (*keine Unehelichkeitsvermuthung*) (1). Mais, imposée et justifiée par des raisons d'ordre pratique, elle ne saurait avoir la même force probante que la présomption admise en matière de filiation légitime, où elle est assise sur de solides bases rationnelles et morales.

Ainsi donc, tandis que pour l'enfant légitime, les législations germaniques présument et l'existence d'un rapport sexuel entre le mari et la femme et le lien de causalité entre le rapport charnel et la conception, elles exigent, quand il s'agit d'un enfant naturel, qu'il apporte *la preuve du premier fait*; mais ce fait établi, elle *présûme le second* en réservant toutefois au défendeur le droit de détruire, par tous moyens, l'effet de la présomption, d'en démontrer l'inanité et le mal fondé.

Pour faire la preuve de la cohabitation de la mère avec le défendeur, la partie demanderesse peut user de tous les moyens de preuve ordinaires : écrits, lettres, témoignages (2) ; mais aucun mode de preuve ne s'impose au juge : il reste libre de diriger les débats à sa guise, de procéder à des enquêtes, de recueillir tous les renseignements nécessaires; il jouit d'un large pouvoir d'appréciation et se fait librement une conviction, d'après l'examen des faits de la cause (3). En Suisse, où il est fait en cette matière un grand usage du serment, le juge a le pouvoir, si la preuve de la paternité ne lui semble pas suffisamment

(1) Opet. *Verwandtschaftsrecht*, § 36, p. 371.

(2) Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, p. 379. Haléwyck, *op. cit.*, p. 41. Cf. *Exposé des motifs du Code de procédure civile*, pp. 198. 201.206-208. Il en résulte que tous les faits (séduction, aveu, possession d'état) énumérés par les législations du groupe latin sont implicitement admis par les législations germaniques comme preuves de la paternité. C'est le droit commun qui s'applique de la façon la plus large.

(3) Peyer. *op. cit.*, p. 106. Cf. art. 286 du C. de procédure civ. allem.

établie, de déférer le serment à l'une des parties ; mais il peut également le refuser à la mère, s'il n'a pas confiance dans sa parole et sa bonne foi (1).

Cependant, afin de prévenir l'arbitraire, le législateur a pensé avec raison qu'il convenait de fixer au juge une règle uniforme, un guide sûr. Ainsi, il est nécessaire que la cohabitation, le rapprochement ait eu lieu, *au cours de la période légale de la conception* (du 300^e au 180^e jour avant la naissance, d'après le Code civil suisse, article 314). La durée légale de la conception (*Empfängniszeit*) est plus longue dans le Code civil allemand ; elle s'étend du 302^e au 181^e jour avant la naissance, y compris le 181^e et le 302^e jour (art. 1592 C. C. all). Ce sont ordinairement les mêmes règles qui s'appliquent en matière de filiation légitime et illégitime. Cependant, le Code civil allemand favorise nettement, sur ce point, les enfants issus du mariage. L'article 1592 renferme un second alinéa, ainsi rédigé : « S'il est « établi que l'enfant a été conçu pendant une période plus « éloignée que le 302^e jour avant celui de la naissance, cette « période est en faveur de la légitimité de l'enfant, réputée époque de la conception ». A défaut d'une disposition expresse, ce texte ne saurait être étendu aux enfants naturels. Pour eux la période de la conception est calculée non point « relativement », mais « absolument ». La règle de l'article 1717 constitue donc une présomption *juris et de jure* (2). Cette différence de régime entre les enfants légitimes et les enfants naturels est, en général, très critiquée par les auteurs (3). Comme le fait remarquer Opet (4), les

(1) Voy. sur ce point spécial notre chapitre sur la procédure de l'action en recherche de paternité naturelle.

(2) En ce sens, Planck, ad art. 1717, note 5. — Staudinger, ad 1717, note 2 c. — Dernbürg. II. § 89. — Mantey, *op. cit.*, p. 77. — Poetzsch, *op. cit.*, p. 61. — Arrêt du tribunal de Zweibrücken, du 17 nov. 1904, dans *Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern*, vol. I, p. 60, 1905. Arrêt du tribunal de Francfort, 14 oct. 1909. *Recht* 1909, n° 3092.

(3) Opet, *op. cit.*, p. 372, note 4. — Voy. critiques de cette disposition dans Hirsch, *op. cit.*, p. 65. Jastrow. *Das Recht der Frau*, p. 173. Brettner dans *Recht* 1900, vol. 4, p. 457.

(4) Opet, *loc. cit.*

naissances illégitimes et les naissances légitimes obéissent aux mêmes lois physiologiques. Dans l'un et l'autre cas peuvent se produire des naissances tardives ; c'est un phénomène naturel, qu'on ne peut méconnaître, même sous prétexte de favoriser la légitimité.

Au contraire, le Code civil suisse est, sur ce point comme sur beaucoup d'autres, moins rigide, plus libéral que le Code civil allemand. La présomption de l'article 314 est *juris tantum* ; l'action n'est pas condamnée à l'insuccès par ce seul fait que l'enfant est né moins de 180 jours ou plus de 300 jours après la conception. Le demandeur est autorisé à prouver l'existence d'une gestation, dont la durée a été plus longue ou plus courte que celle de la période légale (1). Cette dernière n'a été établie qu'en vue des cas normaux ; elle sert de point de repère, mais n'est pas absolue, exclusive de la preuve contraire. C'est, en effet, l'office de la loi de prévoir et de poser la règle générale ; c'est à la pratique que revient le soin d'en faire une application intelligente et utile aux circonstances si variées de la vie. Il va de soi que c'est à la partie demanderesse qu'incombe le fardeau de la preuve : certes elle est fort difficile à faire. On a recours à des expertises médicales, à des attestations de médecins et de sages-femmes.

On ne peut qu'approuver le libéralisme du Code civil suisse qui, se soustrayant à l'influence allemande, a eu la sagesse de ne pas soumettre, à l'encontre de toute logique, à des régimes différents la conception légitime et la conception illégitime qui sont régies l'une et l'autre par les mêmes lois de la nature et sont susceptibles des mêmes bizarreries, des mêmes singularités. Il est nécessaire de protéger et de favoriser la famille légitime ; mais il ne faut pas tomber dans l'incohérence et l'absurde.

D'ailleurs, d'une façon générale, on critique aujourd'hui la présomption admise par toutes les législations relativement à la durée légale de la conception. On reproche à ce système d'être arbitraire et de n'être plus en rapport avec

(1) Peyer, *op. cit.*, p. 107-108. — Egger, ad art. 314, note 1 b.

les progrès de la science moderne. C'est le grand juriste suisse, M. Mentha, qui nous dit : « Quand il s'agit de doctrines qui retentissent jusque dans les lois, ce n'est pas Harwey, Bichat ni Claude Bernard, c'est Hippocrate, Cels et Gallien que nous consultons. Il n'y a que les anciens qui sachent quelque chose (1) ». De plus, on a remarqué que principalement chez les enfants naturels, les cas de gestation prolongée sont assez fréquents; on les évalue à 6,8 %. Cela tient à diverses causes, telles que mauvaise santé des parents, manque de soins, chagrin de la mère etc., etc... Aussi, dans tous les pays, de nombreux auteurs réclament aujourd'hui, soit la substitution d'une expertise médicale à la présomption légale, soit, tout au moins, l'accroissement de la durée de la conception, au delà du 300^e jour (2). Nous ne pouvons nous attarder à discuter ce problème médico-légal. Mais il faut reconnaître, que dans l'intérêt de l'ordre social, la loi est obligée de poser des règles fixes, qui ne sont pas toujours conformes à la vérité scientifique; mais la loi est faite pour l'action; et l'action c'est un choix, un parti pris, une soumission à des principes. Au reste, la faculté accordée par le Code civil suisse de prouver l'existence d'une gestation plus courte ou plus longue que la période légale de la conception, nous semble être le correctif nécessaire, mais suffisant du système forcément arbitraire du droit moderne.

(1) Mentha dans *Zeitschrift für Schweiz. Recht. Nouv. Suite*, VII, p. 570.

(2) V. Hoffmann. *Lehrbuch der gerichtl. Medizin.*, p. 182, 185. — Von Liszt. *Die Pflichten des ausserhehlichen Konkubenten*, p. 42. — Voy. Félix Martin. *Sénat. Déb. J. Off.*, 11 nov. 1910, p. 1727.

PREMIÈRE PARTIE

DEUXIÈME SECTION

La contre-preuve. — La procédure.

CHAPITRE PREMIER

LA CONTRE-PREUVE DE LA PATERNITÉ NATURELLE. —

EXCEPTIONS ET MOYENS DE DÉFENSE.

La paternité d'un homme n'est établie de façon certaine que si l'on parvient à établir la réalité de ces *deux* faits : la cohabitation du défendeur et de la mère au cours de la période légale de la conception, et la relation de cause à effet entre cette cohabitation et la naissance de l'enfant. Or, si le premier de ces faits peut être assez facilement prouvé, il n'en est pas de même du second : celui-ci échappe aux investigations du juriste et du savant. La science avoue son ignorance ; cette attitude n'est pas permise au législateur qui, pressé par les besoins de la pratique, est obligé de prendre position. Nous venons de voir qu'il avait attaché à la preuve de la cohabitation du défendeur et de la mère pendant la période critique une présomption de paternité contre l'amant. Il ne pouvait en effet, sans interdire en fait la recherche de la paternité naturelle, imposer au demandeur la double preuve, la preuve complète de la filiation. C'est donc au *défendeur*, s'il veut combattre la présomption qui pèse sur lui, qu'incombe la tâche d'établir, soit que les faits allégués par son adversaire sont dénués de tout fondement, soit que la cohabitation invoquée ne doit pas être prise en considération pour rechercher la filiation de l'enfant. Si par exemple le défendeur parvient à démontrer son éloignement de la mère pendant toute la période critique, son impuissance accidentelle, ou même naturelle, le défaut de concordance entre le degré de maturité de l'enfant et la date de cohabitation indiquée par la demanderesse, il est manifeste que la paternité de l'enfant ne saurait être attribuée au défendeur.

Dans d'autres hypothèses, la paternité du défendeur est non point impossible, mais seulement incertaine, douteuse. Il en est ainsi quand on prouve que la mère a eu commerce avec un autre individu pendant la période légale de la conception, ou qu'elle était au cours de cette même période d'une inconduite notoire. Auquel de ces nombreux amants attribuer la paternité de l'enfant ? Le procès est sans issue, il y a une « turbatio sanguinis » qui le rend insoluble. On n'a aucune raison de condamner l'un plutôt que l'autre. Sans doute l'enfant souffre indirectement de cette triste situation, il est la victime des désordres de sa mère. Mais que faire ? Il faut alors condamner solidairement tous les concubins comme « pères » de l'enfant. C'est le système que n'ont pas hésité à consacrer certaines législations de la Suisse, la jurisprudence de notre ancien droit français, et même des lois modernes, telles que la loi danoise du 27 mai 1908. Sans l'adopter expressément, le Code civil allemand, nous le verrons, n'est pas absolument hostile à cette idée. Il est à peine besoin de dire que, contraire à la raison et à la nature, une telle solution heurte violemment nos sentiments et notre moralité. Il est certain que dans ce cas malheureux l'enfant est privé du droit d'établir sa filiation, mais il reçoit alors des secours de la collectivité qui le prend à sa charge. Nous reviendrons sur ce sujet important quand nous rechercherons quel est le fondement juridique du droit de l'enfant.

Ainsi donc *la contre-preuve est à la charge du défendeur*. C'est l'application du droit commun, et l'on ne pouvait, dans ce cas, que s'y conformer. « Celui qui invoque une « fin de non recevoir, dit le rapporteur au Sénat français, « doit la justifier, et, défendeur à l'exception, il devient « demandeur lorsqu'il s'agit de faire la preuve. En ce cas, « comme dans tous les autres semblables, il faut suivre « le droit commun et laisser la charge de la preuve à « celui qui, défendeur au principal, est devenu demandeur « à l'exception (1) ». Cette organisation de la preuve de

(1) Guillier. Sénat. *J. Off.*, 17 juin 1910, p. 1517.

la paternité naturelle est commune à toutes les législations, anciennes et modernes ; on ne conçoit pas en effet d'autre système. Elle n'est certes pas sans inconvénients. Si certains faits, tels que l'éloignement, l'impuissance du défendeur sont relativement faciles à prouver, il est beaucoup moins aisé d'établir l'inconduite ou seulement l'infidélité d'une femme. Sans doute, il est des femmes sur les mœurs desquelles une ville entière est renseignée, il y a des prostituées notoires ; mais à côté d'elles il y a des filles peu farouches, des ouvrières aux allures faciles sur la conduite desquelles on peut avoir quelque soupçon, mais on ne saurait citer aucun fait précis. L'homme contre lequel une action en recherche de paternité est intentée peut avoir beaucoup de peine à prouver que la femme ne lui a pas été fidèle et que tel individu a eu également avec elle pendant la période critique des rapports intimes. Ces relations ont pu être tenues rigoureusement secrètes, totalement ignorées de l'amant qui n'a pu exercer sur sa maîtresse une surveillance de tous les instants ; et même s'il se trouve quelque personne, quelque domestique initié à l'affaire, son silence a peut-être été acheté à prix d'or. Il est vrai qu'il est loisible au défendeur d'user du même procédé pour lui délier la langue et obtenir une déposition en sa faveur. Mais il est indéniable qu'une arme aussi redoutable qu'une action en recherche de paternité dans les mains d'une courtisane, d'une intrigante peut exposer plus d'un homme à une cruelle épreuve dont il ne sortira pas toujours indemne.

En outre, les faits dont la preuve incombe au défendeur sont d'un ordre tellement délicat qu'il lui sera parfois fort pénible d'en établir la réalité. Il est certes assez désagréable de dévoiler publiquement son impuissance physique pour échapper à une déclaration de paternité. Mais voici un homme qui a vécu de longues années en concubinage. Il n'a pas reconnu l'enfant né de sa concubine pour des raisons de convenance, de famille. Mais un jour il est actionné en paternité. S'il veut éviter une condamnation certaine, il est contraint de fouiller lui-même la vie de sa

maîtresse, de découvrir l'une après l'autre toutes ses turpitudes, d'apporter enfin lui-même la preuve qu'elle lui a été infidèle, qu'elle l'a honteusement trompé, alors qu'ils vivaient à ses yeux et aux yeux du monde, comme mari et femme ! Beaucoup d'hommes ne reculeront-ils pas devant cet aveu cruel, ne garderont-ils pas en secret la triste découverte de leur infortune ? Ne préféreront-ils pas, plutôt que d'être exposés aux moqueries de leurs amis et à la risée du public, reconnaître l'enfant, dont ils savent n'être pas le père ? Il y a dans un ménage irrégulier un honneur de l'amant, comme il y a dans le mariage un honneur du mari. D'aucuns le jugent peut être négligeable ; mais l'opinion commune est ainsi faite qu'elle tourne en dérision également l'amant trompé et le mari infortuné ! Il n'est point déshonorant d'être déclaré le père de l'enfant de sa maîtresse ; c'est seulement là un événement fâcheux. Il est pour le moins ridicule d'avoir été trompé par elle ; et c'est une situation à la fois très comique et très pénible d'être tenu d'en apporter soi-même la preuve.

Quoi qu'il en soit, il convient de remarquer que le défendeur peut combattre la présomption qui pèse sur lui, quels que soient les faits allégués par le demandeur. Aucun de ceux-ci ne s'imposent au juge ; il garde en toute hypothèse son libre pouvoir d'appréciation(1). Il en est ainsi même si l'action est basée sur la possession d'état. Cette solution a été expressément affirmée au cours des débats au Sénat belge. En effet, on pourrait soutenir qu'en ce cas l'action n'est pas fondée sur l'existence de relations sexuelles entre la mère et le défendeur, mais sur cette sorte de reconnaissance tacite qu'implique la conduite du père prétendu et que ne suffirait pas à détruire la découverte de l'infidélité de la mère. La Commission du Sénat (2), partant de ce point de vue, n'admettait pas qu'on pût opposer d'exceptions dans le cas de possession d'état.

(1) Voy. Wahl, *loc. cit.*, n° 54, p. 50.

(2) Sénat belge. Rapport n° 108, p. 129.

Mais sur la proposition du ministre de la Justice Renkin, on modifia la rédaction de l'article 340 *d* afin de rendre les exceptions opposables dans tous les cas, que l'action soit basée sur la possession d'état ou sur d'autres faits, qu'elle tende à faire déclarer la paternité ou seulement à obtenir des aliments. « Les demandes prévues aux articles 340 *a*, 340 *b*, 340 *c*, seront rejetées, etc. » (1).

Les exceptions peuvent aussi contredire les aveux, même répétés du défendeur (2). Il en résulte que ce dernier a le pouvoir de revenir sur ses affirmations et de nier une paternité qu'il avait à maintes reprises reconnue. Contrairement à la règle habituelle, l'aveu devient en quelque sorte révocable. Mais, de plus, si l'on admet que les exceptions peuvent être d'office relevées par le tribunal, parce que fondées sur une raison d'ordre public, on arrive à cette singulière conséquence que le juge peut d'autorité tenir pour non avenu un aveu de paternité. On comprend alors qu'en présence d'une solution aussi étrange, M. Jénouvrier se soit écrié : « Mais cela ne me regarde pas ! Et s'il me convient à moi de faire cet acte de volonté, de reconnaître pour enfant naturel l'enfant dont est accouchée une femme sans conduite, vous n'avez pas le droit de briser, d'anéantir cet acte de volonté. Combien y a-t-il, de par le monde, d'enfants qui ne sont pas les fils ou filles de ceux qui les ont reconnus ? Cet acte de volonté fait par le père ne peut être anéanti aux dépens de l'enfant, sous le prétexte que la mère de celui-ci aurait eu une mauvaise conduite » (3).

Enfin les législateurs ont pris soin d'énumérer les exceptions dont pourrait user le défendeur ; et ils ont bien spécifié que, lorsque les faits d'inconduite, d'infidélité, etc..., seraient prouvés, le juge était tenu de repousser l'ac-

(1) Renkin. Chambre 1907, n°s 256 à 258, p. 232.

(2) Cf. Wahl. *loc. cit.*, n° 56, p. 50.

(3) Jénouvrier. Sénat. Déb. *J. Off.* 11 nov. 1910, p. 1722, 3^e col. p. 1723, 1^{re} col.

tion (1). Ainsi, — et la remarque est fort importante, — tandis que les tribunaux jouissent dans l'examen des faits allégués par le demandeur à l'appui de ses prétentions d'un libre pouvoir d'appréciation, ils sont, au contraire, dans la *nécessité* de repousser l'action quand le défendeur fournit la preuve évidente du bien fondé de l'exception qu'il oppose. Sous ce rapport, l'énumération faite par les lois relatives à la recherche de la paternité, est *limitative*. Aucune autre circonstance que celles qui y sont expressément mentionnées ne pourrait avoir un effet aussi absolu et aussi énergique (2).

Par contre, il est certain que le défendeur peut invoquer tous autres moyens de défense, apporter la preuve de tous les faits qui sont de nature à combattre les prétentions de la partie adverse. La loi belge formule d'ailleurs très nettement cette solution : « Sous réserve des autres moyens « de défense, dit l'article 340 *d*, les demandes prévues... « seront rejetées ». Mais alors, dans ce cas, le tribunal conserve ses plus larges pouvoirs d'appréciation. Nous reviendrons, au cours de ce chapitre, sur cette importante distinction.

Passons à l'étude détaillée des exceptions et moyens de défense admis contre la présomption de paternité naturelle.



L'exception d'impossibilité est admise implicitement ou explicitement par *toutes* les législations qui autorisent la

(1) Voy. loi française : « L'action en reconnaissance de paternité ne sera pas recevable... ». Loi belge : « Les demandes « seront rejetées... » ; art. 340 *d*. Ordonnance monégasque : « La « demande ne pourra être admise... ». C. C. suisse : *Die Vermutung fällt weg...* » ; art. 314 : *Die Klage ist abzulehnen...* », art. 315.

(2) Voy. Effets spéciaux des fins de non-recevoir dans la loi française au chapitre de la procédure, *infra*.

recherche de la paternité (1). En effet, on ne saurait attribuer la paternité d'un enfant à un homme qui prouve que d'après certaines circonstances il est manifestement impossible que l'enfant soit issu de ses œuvres.

Cette solution s'impose à ce point que l'exception d'impossibilité est commune à la filiation naturelle et à la filiation légitime. Or on sait combien il est difficile à un mari de dénier la paternité des enfants de sa femme ; car la loi voit avec défaveur l'exercice de l'action en désaveu et ne l'admet qu'à regret. Cependant, elle permet au mari de démontrer qu'il a été dans l'impossibilité complète de cohabiter avec sa femme pendant la période légale de la conception. A plus forte raison convient-il d'autoriser le défendeur à une action en recherche de paternité naturelle à invoquer cette exception. Il s'agit, en effet, dans ce cas d'une présomption simple, qui souffre la preuve contraire, et n'a de valeur que si elle est corroborée et confirmée par les autres circonstances de la cause. On a même pu dire, avec quelque raison, qu'en créant cette exception, on introduisait dans la loi « l'ac-tion en désaveu de la filiation illégitime » (2). Mais il ne faudrait pas prendre à la lettre cette formule séduisante qui n'exprime jamais qu'une comparaison assez factice et quelque peu tendancieuse entre deux domaines analogues, mais non point identiques. Nous avons déjà insisté sur les différences essentielles qui distinguent la présomption légale dirigée contre le mari et la présomption simple admise en matière de filiation naturelle.

Mais l'exception d'impossibilité est entendue dans un sens plus ou moins large, selon les diverses législations. Les législations latines sont, sous ce rapport, assez restrictives. En particulier la loi française donne des cas d'impossibilité de paternité une énumération qu'on a tout

(1) Voy. la loi française du 16 nov. 1912, alin. 9. — C. C. all., art. 1717. — Pour la Belgique. Galopin. *op. cit.*, n° 25, p. 24. — Pour la Suisse. Curti Forrer. *ad.* art. 314, note 9.

(2), Riou. Sénat. Déb. *J. Off.* 17 juin 1910, p. 1518, 3° col.

lieu de croire limitative (1). « Si le père prétendu était pendant la même période, soit par suite d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique d'être le père de l'enfant ». Ce texte reproduit à peu près intégralement la disposition de l'article 312 C. civ. relatif à la paternité légitime. Cependant on remarque une petite différence dans la rédaction de la dernière partie du texte. L'article 312 porte ces termes : « dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme ». La loi de 1912 paraît donc plus large que le texte du Code civil ; puisque la possibilité de la cohabitation n'interdit pas au défendeur de prouver qu'il lui a été impossible de procréer. Mais cette preuve nécessiterait des enquêtes scandaleuses, dont les résultats seraient toujours contestables et incertains. Si l'on en croit les rapports, l'esprit de la loi de 1912 est conforme à celui qui a inspiré les rédacteurs du Code civil ; les expressions employées, quoique différentes dans la forme, traduisent une même pensée.

L'éloignement du défendeur est l'une des circonstances que celui-ci peut invoquer pour démontrer qu'il n'a pu être le père de l'enfant. Il consiste dans toute séparation de fait qui, en raison de la distance ou pour diverses autres raisons, rend très improbable la possibilité d'un rapprochement sexuel entre la mère et le père prétendu. Il résulte par exemple de la résidence du défendeur dans une ville différente de celle qu'habite la mère. Il n'est d'ailleurs pas nécessaire que les deux villes soient à une distance telle qu'elle ne puisse être parcourue dans l'intervalle de cent vingt et un jours, période légale de la conception ; il suffira qu'en fait elle n'ait point été franchie (2). Il peut d'ailleurs être assez difficile à un défen-

(1) Cf. Rapport au Sénat franç. 1908, n° 369, p. 36. Rapport à la Chambre. 1911, p. 42.

(2) Voy. Alger, 12 nov. 1866. D. 67.2.126. — *Comp.* Autun, 20 déc. 1898. D. 1900.2.71. — Brest, 5 mars 1913. D. 1914.5.1. — Cf. Capitant et Colin, t. I, p. 268. Planiol I, n° 1432.

deur qui ne prévoyait pas cette attaque, de fournir une telle preuve. On sait du reste qu'en raison de la facilité actuelle des communications, les tribunaux admettent très rarement le désaveu fondé sur l'éloignement. Cependant ils doivent se montrer moins rigoureux en matière de filiation naturelle, où la présomption est moins forte. L'éloignement peut également résulter de l'internement du défendeur (1) ; en sera-t-il de même, en cas d'incarcération ? La question n'a pas été tranchée expressément dans les travaux préparatoires, et les tribunaux hésitent à admettre cette hypothèse. Il semble cependant que cette solution ne saurait faire aucun doute, s'il est certain que les amants ne se sont pas vus ou que leurs entrevues ont eu lieu en présence de gardiens (2).

La jurisprudence a tendance, en cette matière, à interpréter strictement les textes et à refuser l'action en désaveu dans tous les cas où un rapprochement entre les époux ne peut être considéré comme matériellement impossible. Mais il ne convient pas d'appliquer à la filiation illégitime les mêmes règles d'interprétation restrictive. On comprend que, quand il s'agit de désaveu, les tribunaux se montrent très rigoureux quant aux conditions d'admissibilité de l'action. Car la présomption de l'article 312 est une présomption légale, absolue qui ne souffre pas la preuve contraire ; on conçoit quel degré de probabilité, quelle véritable certitude il y a à ce que l'enfant né d'une femme mariée soit issu des œuvres du mari. Cette règle est de plus une règle d'intérêt social qui sauvegarde la dignité du mariage et maintient l'ordre dans la famille. C'est pour toutes ces raisons, que la loi n'a pu permettre au mari de démontrer l'erreur de la présomption que dans les hypothèses spéciales, où il est certain qu'à raison de l'éloignement continu, un rapprochement entre les époux a été impossible ou qu'à raison de l'impuissance

(1) Guillier. Rapport au Sénat. 1908, n° 369, p. 36.

(2) Voy. cependant Cass. 16 juillet 1889. D. 90.1.377. Besançon, 8 mars 1899. D. 99.2.268 et la note.

accidentelle il est stérile. Comme tout texte exceptionnel, ce texte doit être interprété restrictivement.

Mais il n'en est plus de même en matière de filiation naturelle. La présomption créée par la loi est une simple présomption de fait. Elle n'a de valeur que si elle n'est pas contredite par des faits inconciliables avec les allégations du demandeur. Par conséquent, on ne saurait avoir à son égard les mêmes exigences qu'en face d'une présomption légale ; il n'est même pas besoin d'un texte exprès, puisque cette présomption simple doit être critiquée, examinée par le juge, rapprochée des autres circonstances de la cause. N'avait-on pas proposé de supprimer purement et simplement le texte que nous analysons, tant on estimait qu'il était superflu d'indiquer une chose qui allait de soi ? (1). D'ailleurs, dans les pays latins, il n'y a de présomption que dans le cas de concubinage ; dans toutes les autres hypothèses, séduction, aveu, etc., il n'y a aucune présomption ; c'est le régime normal des preuves et contre-preuves qui s'applique. Il serait donc absurde d'appliquer en matière de filiation naturelle où tous les modes de preuve sont largement admis, les mêmes principes rigoureux d'interprétation qu'en matière de filiation légitime où la présomption de l'article 312 a une force quasi irréfragable.

Le défendeur peut aussi démontrer l'impossibilité où il était d'être le père de l'enfant en invoquant et démontrant son impuissance accidentelle à l'époque de la conception. Cette impossibilité physique d'engendrer peut résulter d'une blessure, d'une chute, d'une opération chirurgicale. La question de savoir si l'on peut considérer comme « accident » une maladie ayant entraîné une prostration prolongée ou une incapacité de procréer est controversée en matière de désaveu. Elle a été tranchée dans le sens de l'affirmative par le rapporteur à la Chambre. « Le mot accident, dit-il, doit être entendu ici au sens large

(1) Voy. Jeanneney. Sénat. Déb. *J. Off.* 17 juin 1910, p. 1522, 3^e col.

« et non pas seulement dans le sens particulier qu'il a en
 « matière d'assurances, par exemple dans le cas de la loi
 « de 1898. Cela doit s'entendre même d'une maladie qui
 « n'empêcherait pas les relations sexuelles, mais empê-
 « cherait la conception. La preuve d'une telle exception
 « sera le plus souvent bien difficile à établir, mais si ce-
 « pendant en fait elle était rapportée, il serait souverai-
 « nement injuste que les tribunaux ne puissent en faire
 « état pour écarter la demande de déclaration de pater-
 « nité » (1). Certains auteurs n'hésitent pas à ranger sous
 le terme accident, employé dans la loi non seulement une
 maladie grave, mais encore toute maladie assez longue
 et assez sérieuse pour interdire tout rapprochement sexuel,
 telle que, par exemple, une fièvre infectieuse (2). Ces so-
 lutions qui sembleraient difficilement acceptables en ma-
 tière de filiation légitime, sont très plausibles quand il
 s'agit de filiation naturelle (3); et elles n'offrent aucun
 danger, étant donné le large pouvoir d'appréciation et de
 critique qui a été confié aux tribunaux.

La loi de 1912 est muette sur la question de savoir si
 l'impuissance naturelle peut fonder l'exception d'impos-
 sibilité. On sait qu'elle n'est pas une cause de désaveu de
 l'enfant légitime; certains déduisent du silence de la loi
 de 1912 à cet égard que le législateur n'a pas entendu ex-
 clure ce moyen de défense en matière de filiation natu-
 relle. Cependant il paraît fort difficile de comprendre
 l'impuissance naturelle sous l'expression générale « d'im-
 « possibilité physique résultant de quelque accident ». De
 plus, les mêmes motifs s'opposent à ce que cette cause
 de désaveu, repoussée en matière de filiation légitime,

(1) Rapport à la Chambre 1911, p. 43. — Cf. Guillier. *Rapport au Sénat* 1908, n° 369, p. 36.

(2) En ce sens. *Locré*. t. VI, p. 290. — *Demolombe*. t. V, n° 32. — *Demante*. t. II, n° 39 *bis*. — *Planiol*. t. I, n° 1433. — *Dalloz. Suppl.* V° *Paternité*, n° 18. — *Contra*, *Aubry et Rau*, VI, § 545. — *Laurent*, t. III, n° 368. — *Huc*, III, n° 9. — *Capitant et Colin*. t. I, p. 268.

(3) En ce sens. *Brun, op. cit.*, p. 109. — *Lavollée, op. cit.*, p. 136.

puisse être admise quand il s'agit d'un enfant naturel. La constatation de l'impuissance naturelle est très difficile à établir ; outre les scandales qu'elle ferait naître, elle ne donnerait lieu qu'à des résultats arbitraires et toujours contestables. Si l'impuissance naturelle ne peut être invoquée comme fin de non recevoir en vertu de la loi de 1912, elle doit cependant s'imposer au juge, si au cours des débats il était prouvé par des certificats médicaux que le défendeur est physiologiquement incapable de procréer (1). Mais il sera bien rare qu'une telle preuve puisse être rapportée.

Les législations germaniques n'hésitent pas à permettre au défendeur de prouver l'impossibilité où il était d'être le père de l'enfant par les moyens les plus divers et même les plus audacieux. Ainsi l'article 1717 du Code civil allemand est rédigé en ces termes : « Il n'y a pas lieu de tenir « compte d'une cohabitation, quand il est manifestement « impossible, eu égard aux circonstances, que la femme « ait conçu des œuvres de l'homme désigné (wenn es den « Umständen nach offenbar unmöglich ist...) » (2). Les auteurs allemands ne manquent pas d'interpréter de la manière la plus large cette formule imprécise. Il suffit, d'après Planck (3), que la conception de l'enfant par l'homme désigné ne paraisse pas s'accorder avec le bon sens (Menschenverstand). D'autres (4) décident générale-

(1) En ce sens, Wahl, *loc. cit.*, n° 68, p. 56. — Brun, *op. cit.*, p. 109. — Contra Lavollée, *op. cit.*, p. 138.

(2) Le C. C. S. ne mentionne pas expressément l'exception d'impossibilité, mais il est indéniable qu'elle est comprise dans la formule générale de l'art. 314, 2° col. « Cette présomption cesse si « des faits établis permettent d'élever des doutes sérieux sur la paternité du défendeur ». Voy. Peyer, *op. cit.*, p. 109-110. — Egger, *op. cit.*, ad 314-2 b. — Eug. Curti, ad 314, n° 9.

(3) Planck, *Kommentar zum B. G. B.* Vol. IV ad § 1591.2. Seuls, Fischer et Henle (*Kommentar ad 1717*, n°s 6 et 7) n'admettent l'exception d'impossibilité que comme réplique à l'*exceptio plurimum*.

(4) Hachenburg, *Die Rechtsstellung des unehelichen Kindes*, p. 26. — Staudinger Engelman, *Kommentar zum B. G. B.*, t. IV, ad

ment qu'il y a impossibilité quand on ne peut conclure avec certitude à la paternité du défendeur. Mais on cite à l'appui de ces affirmations vagues de nombreux exemples. Ainsi il est couramment admis que le défendeur peut user avec succès de l'exception d'impossibilité quand il démontre que la femme était déjà enceinte au moment où il a eu des rapports avec elle (1). Il peut aussi s'appuyer sur le défaut de concordance entre la date de la cohabitation et la date probable de la conception (2); il peut également prouver qu'à raison de l'éloignement, ou par suite de quelque accident ou d'opération chirurgicale, il était dans l'impossibilité de procréer (*impotentia generandi*) (3) à une époque correspondant à celle de la conception. Le défendeur peut aussi alléguer la différence de race ou de couleur qui existe entre l'enfant et lui (4). Certains auteurs n'hésitent pas à lui permettre d'invoquer son impuissance naturelle (2). Enfin ne va-t-on pas jusqu'à l'autoriser à faire déterminer par des médecins spécialistes, la conformation de l'enfant (*Reifegrade*, le degré de maturité) d'après un examen fait peu de temps après

§ 1591.4. — Nagorski. *Das Rechtsverhältnis des unehelichen Kindes zu seinem Erzeuger*, p. 98. — Engelman. *Blätter für Rechtsanwendung*. Vol. 63, p. 69.

(1) Opet. *Verwandtschaftsrecht*, § 6, II b, p. 19. — Poetzsch. *Die rechtliche Stellung der unehelichen Kinder*, p. 59. — En Suisse, Mohr. *Die Vaterschaftsklage des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, p. 95.

(2) Auteurs cités. Egger, *ad art.* 314, note 2 c. — *Bulletin Sténo.* XV, 1905. Hoffmann. Göttofrey, p. 783.1198.

(3) Opet, *op. cit. loc. cit.* — Poetzsch, *op. cit.*, p. 59. — Mohr, *op. cit.*, p. 95. — Eug. Curti, *ad* § 314, n° 9.

(4) Büngner. *Die Alimentationsverbindlichkeit nach gemeinem Recht*. Leipzig, 1879, p. 111. — Opet, *op. cit.*, § 6, II b, p. 19. — Poetzsch, *op. cit.*, p. 59. — En Suisse, Eug. Curti, *ad* 314, n° 9. — *Contra* Barazetti, p. 71. — Glück, *Pandekten*, vol. 28, p. 184. — *Motifs du C. C. all.*, vol. 4, p. 655.

(5) Nagorski, *op. cit.*, p. 100. — Les *Motifs*, p. 656, laissent cette exception à la libre appréciation des magistrats. Elle était admise à Sondershausen, loi du 12 août 1844, § 6. Baden, loi du 21 février 1851, § 5. En Suisse. Voy. Eug. Curti, *op. cit.*, *ad* § 314, n° 9.

la naissance, et d'en déduire l'époque probable de la conception ? (1) Si la date de la cohabitation ne concorde pas avec celle-ci, si par exemple elle lui est postérieure, il apparaît impossible que le défendeur ait procréé l'enfant. On est fort surpris, et même un peu inquiet, quand on considère ces solutions hardies, et pleines de dangers. Mais en Allemagne, il est fait un usage constant des expertises médico-légales, confiées à des médecins spécialistes et à des gynécologues. Elles paraissent donner d'excellents résultats et certains auteurs suisses souhaitent que cette pratique se développe en leur pays (2). Cependant on conteste même en Allemagne le bien fondé de la solution que nous venons d'indiquer. D'aucun (3) considèrent que de l'examen de la conformation du nouveau-né on ne saurait conclure à une impossibilité certaine de paternité. Celle-ci pourra seulement paraître très improbable (*unwahrscheinlich*), mais on ne peut avoir la certitude de l'impossibilité. Il serait nécessaire que d'autres faits vinssent corroborer ce premier indice, tels que l'éloignement du défendeur. Enfin ces auteurs estiment qu'il est bien difficile à un expert, dans l'état actuel de nos connaissances médicales de se prononcer avec sûreté sur le degré de maturité de l'enfant (*Reifegrad*), et de décider avec sûreté dans quelle mesure des accidents tels qu'une maladie de la mère ou du fœtus a ou n'a pas influé sur le développement normal de celui-ci. Néanmoins, malgré les difficultés que présentent les expertises médi-

(1) Dernbürg. *Das B. Recht des deutschen Reichs und Preussens*, vol. III, § 89. — Staudinger *Kommentar zum B. G. B.* ad § 1717.3 a. — Hachenbürg *Die Rechtsstellung des unehelichen Kindes*, p. 28 et 29. — Hallbauer. *Verwandtenrecht*, 1900, p. 9. — Hirsch. *Die Rechtsverhältnisse der unehelichen Kinder nach dem B. G. B.*, p. 72 — Opet, *op. cit.*, § 6, II b. p. 19 et 20.

(2) Peyer, *op. cit.*, p. 109, 110. — Robert, *op. cit.*, p. 275. — Eug. Curti ad § 314 n° 9.

(3) Planck. *Kommentar zum B. G. B.* ad § 1591.2 — Endemann. *Lehrbuch des B. Rechts*, II, p. 194, note 17. — Scherer : *Die Gesetzgebung des deutschen Reichs* ad § 1592. — Poetzsch, *op. cit.*, p. 19 et 20.

cales et les erreurs fréquentes qu'elles peuvent provoquer, les tribunaux allemands n'hésitent pas à prendre en considération l'exception d'impossibilité fondée sur la conformation de l'enfant (1).

Par contre, on s'accorde à décider que l'on ne pourrait, pour se disculper, invoquer la ressemblance physique de l'enfant avec un autre individu (2). On ne saurait d'ailleurs s'appuyer sur ce fait que des mesures préventives ont été prises par l'homme ou par la femme dans le but d'éviter la conception à la suite du rapprochement sexuel. (Präventivmaszregeln verhinderten immissio seminis) (3). Il est en effet impossible d'affirmer dans ce cas que la conception n'a pas eu lieu. Or, on ne saurait se contenter, dans une matière aussi délicate, de faits établissant seulement l'incertitude de la paternité (Unwahrscheinlichkeit) ; il faut prouver, non seulement qu'elle a été improbable,

(1) Cf. Amtsgericht de Constance, 9 février 1904, dans *Badische Rechtspraxis*, p. 176, n° 18. Landgericht I de Munich, 15 février 1905. *Seufferts Blätter für Rechtsanwendung*, vol. 70, p. 246. Dans cette espèce, le défendeur avait réussi à prouver l'*exceptio plurium*; mais la partie demanderesse répliqua qu'il était impossible que l'enfant soit né de la cohabitation de la mère avec le tiers incriminé. Deux experts, les docteurs F. et B. affirmèrent que l'enfant demandeur n'avait pu être conçu à la date indiquée par le défendeur (date très proche de celle de la naissance, 26 semaines avant) car l'enfant était normalement constitué, et d'ordinaire les enfants qui naissent à une époque aussi prématurée ne sont pas viables.

(2) Kühlenbeck. *Von den Pandekten zum bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. I, p. 161. Menger. *Das B. G. B. und die besitzlosen Volksklassen*, p. 80. — Opet. *Das Verwandtschaftsrecht*, § 6, II b. p. 19. — En Suisse. Peyer, *op. cit.*, p. 110. — Egger, *op. cit.*, ad § 314. 2 c. — Curti, *op. cit.* n° 13. — Mohr, *op. cit.*, p. 95.

(3) Poetzsch. *Die rechtliche Stellung der unehelichen Kinder nach dem B. G. B.*, p. 59. — Hirsch. *Die Rechtsverhältnisse der unehelichen Kinder nach dem B. G. B.*, p. 71. — Mantey. *Die Rechte des unehelichen Kindes und seiner Mütter nach dem preussischem Recht*, p. 81. — Opet, *op. cit.*, § 6, II, p. 20. — *Pr. Ob. Trib.*, 31 janvier 1873. (*Striehthorst Archiv*, vol. 87, p. 310). — En Suisse, Peyer *op. cit.*, p. 110. — Egger, ad 314.2 c. — Eug. Curti, ad 314, n° 13. — Mohr. *op. cit.*, p. 96.

mais impossible (Unmöglich). Si ces faits ne sont pas assez concluants pour renverser la présomption de l'article 1717 du Code civil allemand, cependant ils peuvent être invoqués à l'appui de faits plus graves et concourir ainsi à faire naître dans l'esprit des juges la conviction qu'en fait (in concreto) il est impossible que le défendeur soit le père de l'enfant (1).

On ne saurait résumer tous ces développements en termes plus nets que ne l'a fait un auteur allemand qui traduit ainsi parfaitement l'esprit des législations modernes à l'égard de l'exception d'impossibilité : « *Die blosze Möglichkeit des Andersseins genügt nicht zur Entkräftung der Präsuntion, der Gegenbeweis muß auf das thatsächliche Andersein gerichtet sein* » (2).

**

La question de l'admissibilité de l'*exceptio plurium* a été fort discutée en Allemagne. En effet, cette exception était rejetée par la plupart des législations des Etats de l'Empire (3). Elle l'avait été également par le premier projet de Code civil allemand. Il est intéressant de rechercher quelles raisons morales et sociales ont déterminé le législateur à sanctionner cette exception. Les motifs du Code civil allemand nous donnent sur ce point tous les éclaircissements désirables. Ce serait une grave injustice, a-t-on dit, d'attribuer à un homme la paternité d'un enfant dont il n'est réellement pas le père et de le condamner en cette qualité à payer une pension alimentaire. En

(1) Opet, *op. cit.*, § 6, II b, p. 19. — *Denkschrift (annexes au compte rendu sténographique des séances du Reichstag, I, p. 702.*

(2) Burckhard. *Die civilistischen Präsuntionen*, p. 343.

(3) Landrecht prussien, II, 5, § 619, 620 abrogé en 1854. Loi badoise 21 fév. 1851, § 2, 5. C. saxon § 1872. Saxe Weimar. 6 juin 1853, § 3. Meiningen, 9 septembre 1844, art. 19. Sondershausen, 12 août 1844, § 7. Reuss (l. aînée) 4 janv. 1854 § 11. Altenburg, 29 mai 1876, § 18. Anhalt, 30 mai 1815, § 8 et 9. Gotha, loi 1^{er} juillet 1869, § 1, 2, 8.

outre, il serait choquant (anstössig) et ce serait jeter un défi à la conscience publique, de permettre à l'enfant et indirectement à la mère, de choisir à son gré le plus riche de ses nombreux amants. Enfin il y a un grand intérêt social à admettre l'*exceptio plurium* : car son rejet constituerait un encouragement à la débauche, une prime à la prostitution. Les filles n'auraient plus aucune retenue, assurées de trouver toujours un père pour leur enfant et de le faire condamner à servir une rente. Bien plus, elles auraient avantage à se livrer à un grand nombre d'individus, afin de jeter ensuite leur dévolu sur celui auquel sa situation de fortune permettrait de s'acquitter plus largement de la dette alimentaire. Au contraire, si l'on admet l'*exceptio plurium*, la partie demanderesse risque d'échouer dans ses revendications, et c'est alors la mère qui assume seule toute la charge de l'entretien de l'enfant; elle se montrera donc plus réservée et moins audacieuse. Sans doute l'enfant innocent aura à souffrir de l'échec de l'action; il supportera les conséquences de l'inconduite de sa mère. Mais il n'en saurait être autrement; la loi ne peut pas réparer une injustice en en provoquant une autre. Elle ne peut choisir au hasard l'un quelconque des concubins et le rendre seul responsable de la faute de tous. Dans ces conditions, on ne saurait, sans violer le bon droit, attribuer au premier venu la paternité d'un enfant. Aussi, sacrifiant nécessairement l'intérêt de l'enfant à celui de la société, la loi se déclare en ce cas impuissante à trouver le véritable père, et le doute profite au défendeur (1).

On peut répondre à cette argumentation de diverses façons. Tout d'abord l'admission de l'*exceptio plurium* ne paraît nécessaire que si le législateur se propose comme but de découvrir le véritable père de l'enfant, et non point seulement de réprimer l'acte illicite que constitue la cohabitation hors mariage et de fournir à l'enfant les subsides

(1) *Motifs du C. c. all.* t. IV, p. 886-7. — *Protokolle*, p. 6194.

nécessaires à son entretien. Mais nous ne pouvons engager une discussion sur ce terrain que si nous prenons une connaissance parfaite des théories émises sur le fondement juridique de l'action en recherche de paternité. Or, cette étude nécessite d'assez longs développements que nous avons cru utile de rassembler, dans l'intérêt de la clarté, dans un chapitre spécial de ce travail (1). Nous voulons donc seulement, pour l'instant, discuter cette question à l'aide d'arguments moraux et sociaux, et nous placer sur le terrain des faits.

Il est possible d'adresser à l'*exceptio plurium* un certain nombre de critiques importantes (2). Les auteurs s'y sont parfois employés, et la pratique a révélé des abus fort graves. Si l'on prend pour unique objectif l'intérêt de l'enfant, il paraît injuste et cruel de rendre celui-ci responsable des fautes de sa mère. Tous les torts de celle-ci, toute son indignité ne sauraient justifier cette solution barbare, qui consiste à refuser des aliments à l'enfant (3). Cette situation, funeste à l'enfant, est également contraire aux intérêts de la société, car elle fait tomber celui-ci à la charge de l'assistance publique. En outre, si le rejet de l'*exceptio plurium* peut inciter les filles à la débauche, son admission constitue pour les hommes un moyen très facile et très pratique de se soustraire à toutes poursuites et de

(1) Cf. chapitre sur *Les théories relatives au fondement du droit de l'enfant naturel*.

(2) Voy. discours des députés Auer, Stadthagen, von Strombeck ; réplique baron von Stümm Halberg aux séances du Reichstag des 27 juin et 1^{er} juillet 1896. *Stenographische Berichte*, p. 2992, 2999, 3094.

(3) Parmi les adversaires de l'*exceptio plurium*, on compte : Fuld. *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. II, p. 75, 89 seq. — Bülling. *Die Rechte der unehelichen Kinder nach dem Entwurfe eines B. G. B.*, p. 38. — Ihering. *Verhandlungen des IV deutschen Juristentages*. — Anton Menger. *Das B. G. B. und die besitzlosen Volksklassen*, p. 76 seq. — Gimmerthal, *op. cit.*, p. 19. — Marianne Weber. *Ehefrau und Mutter*, p. 564. — Nagorski, *op. cit.*, p. 100 seq, 128 seq. — En Suisse, Cf. Reininghaus. *Gerechtigkeit schaffe das schw. Zivilgesetz für die aussereheliche Mutter und ihr Kind*.

fuir les responsabilités. S'ils redoutent les conséquences de leur cohabitation, ou même s'ils s'aperçoivent de l'état de grossesse de leur concubine, ils s'efforcent de lui tendre des pièges en vue de lui faire commettre une faute avec un autre individu ; et le jour du procès, ils opposent avec succès l'*exceptio plurium*. On a même vu des individus assez abjects pour inciter la fille à se livrer à d'autres hommes. Il y a aussi les amis complaisants qui viennent affirmer sous la foi du serment qu'ils ont eu des rapports avec la demanderesse. En effet, la plus grave objection que l'on puisse adresser à l'*exceptio plurium*, c'est qu'elle est la cause de parjures sans nombre. Parjures du côté de la mère qui, poussée par l'intérêt de l'enfant qui se confond avec le sien et, craignant de se couvrir de honte et d'humiliation, n'hésite pas à affirmer mensongèrement sa constante fidélité pendant la période légale de la conception. Parjures du côté du défendeur qui produit de faux témoins et s'appuie sur les attestations de complices sans scrupules. Il est fort intéressant de lire sur tous ces points le rapport très documenté de M. Haléwyck, qui avait été chargé par le ministre de la justice belge d'aller étudier en Allemagne les conditions dans lesquelles fonctionnait la recherche de la paternité. Or, si cet auteur reconnaît que le principe de l'autorisation de la recherche de la paternité n'est guère contesté aujourd'hui en Allemagne, et que les pays, jadis soumis au régime de l'article 340 du Code Napoléon, s'accommodent fort bien de la législation nouvelle, par contre il a constaté que l'*exceptio plurium* soulève dans la pratique des griefs nombreux. Ce sont ceux-là mêmes que nous venons de formuler ; mais il les justifie à l'aide d'exemples saisissants. C'est un séducteur qui s'emploie par toutes sortes de manœuvres à faire commettre à la mère une nouvelle faute avec autrui. C'est un soldat qui, poursuivi en déclaration de paternité, engage un de ses camarades à témoigner qu'il avait eu des rapports avec la mère, alors qu'en réalité il ne l'avait jamais vue (1). D'une façon générale, les défen-

(1) Haléwyck. *La recherche de la paternité en Allemagne*, p. 68.

deurs usent et abusent de l'*exceptio plurium*. « Ils y recourent au petit bonheur, dit-il, sans disposer d'aucune preuve. Le moyen est soulevé, bien que les allures de la mère naturelle n'aient fait naître aucun soupçon : il s'agit pour le défendeur de tenter une dernière chance, d'esquiver une charge parfois lourde » (1). Bref, l'*exceptio plurium* est funeste aux intérêts de l'enfant, de la mère, de la société ; elle est une cause de scandales et de parjures ; elle incite les hommes à la débauche et leur assure l'impunité. Selon l'expression de Marianne Weber, c'est une prime au libertinage « Prämie für Wollüstlinge » (2). Le célèbre professeur Menger voit même dans l'admission de l'*exceptio plurium* une habile manœuvre des classes supérieures de la société qui peuvent ainsi jouir paisiblement des plaisirs de la vie, sans courir le risque d'être inquiétés (3). Il ne cesse de répéter dans ses ouvrages que l'« Einrede der Mehreren » appartient aux nombreuses mesures qui, sans aucun doute, ont pour but de retirer aux classes pauvres les maigres avantages qu'elles pourraient attendre de la loi (kümmerlichen Vorteile) » (4). D'autres considèrent l'*exceptio plurium* comme un des vestiges des mesures de défaveur prises par les législations anciennes à l'égard de la recherche de la paternité. Elle est, disent-ils, contraire à la morale, à l'éthique sociale, aux mœurs modernes. C'est « une dernière victoire du quatrième Congrès des juristes alle-

(1) Haléwyck. *La recherche de la paternité en Allemagne*, p. 66. — C'est assurément là l'un des plus graves reproches que l'on puisse adresser à l'*exceptio plurium*. Dans tous les pays qui la pratiquent ou qui ont admis l'exception d'infidélité ou d'inconduite, on se plaint de l'abus qui est fait de ce moyen de défense ; il est invoqué à tout propos. On peut se rendre compte déjà de ce vice en France, en parcourant les décisions rendues sur cette question. M. de Visscher, professeur à l'Université de Gand, que nous avons consulté sur ce point, formule la même critique.

(2) Marianne Weber, *op. cit.*, p. 564.

(3) Anton Menger. *L'état socialiste*, trad. Milhaud, ch. XIV, p. 203.

(4) Anton Menger. *Das B. G. B. und die besitzlosen Volksklassen*, § XXIII, p. 76.

« mands » (1), qui, ayant à débattre, en 1862, le problème de la filiation naturelle, avait émis le vœu « que la recherche de la paternité ne soit admise qu'à titre exceptionnel dans le futur Code civil » (2).

Mais alors si nous condamnons l'*exceptio plurium*, nous sommes nécessairement conduits au système de la solidarité de tous les concubins. Cette solution, qui provoque chez nous la surprise et presque l'indignation, est couramment acceptée par un grand nombre d'auteurs allemands (3) ; elle a également recueilli des adhésions en Suisse (4) et en Belgique (5). Elle était admise par l'ancien droit ; elle subsista dans la plupart des Etats de l'Empire d'Allemagne jusqu'en 1900 (Code civil allemand) et dans les cantons d'Uri et de Bâle-Campagne jusqu'en 1912 (date de la promulgation du Code civil suisse) ; elle vient enfin d'être à nouveau consacrée par la loi danoise du 27 mai 1908 (art. II) (6).

On a tendance à accueillir par des sourires une théorie aussi étrange ; cependant on peut constater qu'elle est aujourd'hui encore très sérieusement défendue par d'excellents esprits. Mais il y a quelques divergences, quand il s'agit d'appliquer ce système. Les uns traitent les concubins comme des débiteurs solidaires, qui se sont rendus coupables d'une faute commune et leur confèrent un droit de recours les uns contre les autres ; on applique alors toutes les règles de la solidarité. Ailleurs les concubins ne

(1) Nagorski, *op. cit.*, p. 103.

(2) *Verhandlungen des IV deutschen Juristentages*, p. 132 seq.

(3) Klöppel. *Das Familien und Erbrecht des Entwurfes eines B. G. B. für das deutsche Reich. Gruchot's Beiträge*, 33, p. 349, 350. — Regelsberger. *Pandekten I*, p. 213 (et tous les auteurs cités plus haut, page 258, note 3).

(4) Voy. les brochures de Reininghaus. *Verpflichtung des Staates die aussereheliche Vaterschaft festzustellen ; et Gerechtigkeit und wirksamen Rechtsschutz schaffe das schweiz. Zivilrecht für die aussereheliche Mütter und ihr Kind*. Zurich, 1905.

(5) Cf. discours de M. de Selys Longchamp. Sénat belge 1907, n° 202, p. 192.

(6) Voy. notre travail, p. 74.

répondent chacun que de leur quote-part et ne sont tenus que subsidiairement de la part des autres.

Si l'on fait abstraction de toute considération morale, ce système paraît résoudre d'une façon assez satisfaisante le problème rationnellement insoluble de la recherche de la paternité. Comme il est fort difficile, sinon impossible de décider avec certitude que tel homme est le père de tel enfant, il paraît plus sage de condamner en bloc tous ceux qui ont fréquenté la mère à élever l'enfant ; lequel d'entre eux est le père ? Qui le découvrira jamais ? Le véritable père l'ignore souvent lui-même. Tous les amants se sont mis dans le cas de procréer l'enfant ; tous sont également responsables et doivent être également condamnés. Ce raisonnement est certes d'une logique impressionnante ; et il semble s'adapter à merveille au système germanique de la paternité alimentaire. On conçoit que plusieurs hommes, plusieurs débiteurs, payent solidairement une pension destinée à couvrir les frais d'entretien et d'éducation d'un enfant. Tous leurs rapports se réduisent à une simple question d'argent, à des prestations pécuniaires. Mais au contraire, le système de la paternité collective est inadmissible et choquant, au cas où de véritables rapports de filiation, puissance paternelle, vocation successorale, s'établissent entre le père et l'enfant naturels. Il y aurait d'incessants et d'irréductibles conflits entre les pouvoirs des différents pères. Il est inutile d'insister sur de telles situations, où le ridicule et l'odieux se disputeraient le premier rang.

Enfin si nous envisageons le problème au point de vue moral et social, nous devons rejeter, même dans le système germanique, toute idée de condamnation collective des concubins. Il est contraire à la morale et à la nature qu'un enfant puisse se réclamer de plusieurs pères. Ce serait un spectacle répugnant que de voir tous les amants d'une courtisane contribuer aux frais d'entretien de l'enfant conçu dans la débauche la plus éhontée. Serait-ce rendre service à l'enfant que de le charger d'une telle honte, de lui rappeler à tout moment la vie scandaleuse de sa mère ? Il paraît jusqu'à l'évidence qu'un tel système

heurte violemment nos idées morales et sociales et n'est pas en conformité avec notre conception moderne des rapports de l'enfant et du père naturels.

Aussi, malgré toutes ses imperfections et les abus qu'elle provoque, l'*exceptio plurium* semble devoir s'imposer. Le législateur allemand l'a parfaitement compris, quand sur ce point il a réagi contre le droit commun des Partikularrechte. On n'a jamais pu opposer de raisons sérieuses aux arguments invoqués dans l'Exposé des Motifs en faveur de l'admission de l'*exceptio plurium*. D'ailleurs le législateur allemand avait été fort impressionné par l'expérience malheureuse que venait de faire la Prusse (1). Le Landrecht avait en effet interdit l'exercice de l'*exceptio plurium* ; mais tant d'abus et de scandales se produisirent que l'on s'empressa de la rétablir dans la loi du 24 avril 1854. Au reste, par un mouvement de réaction excessive, mais inévitable, cette loi contenait une foule d'autres exceptions, beaucoup moins légitimes. Enfin, les inconvénients tant reprochés à l'*exceptio plurium* ne semblent pas irréductibles, et peuvent être corrigés dans une certaine mesure. On propose d'ailleurs divers remèdes. M. Haléwyck (2) nous apprend que dans le Grand-Duché de Bade et dans les pays rhénans, on verrait dans l'admission de l'exception d'inconduite (actuellement refusée par le Code civil allemand), un heureux correctif du système de l'*exceptio plurium*. D'autres proposent l'introduction d'un bref délai pour l'intentement de l'action. Enfin, pour apporter remède aux abus les plus graves, c'est-à-dire aux parjures, il n'y a qu'à faire un usage beaucoup plus restreint et prudent du serment. Certes, il apparaît souvent comme l'unique moyen de découvrir la vérité ; mais il faut craindre qu'avec les faibles garanties de la conscience populaire et aussi devant la gravité des intérêts en cause, le serment ne mette fin au procès par la consécration judiciaire d'un mensonge.

(1) Voy. *Motifs*, IV, p. 887.

(2) Haléwyck, *op. cit.*, p. 68 à 73.



Etant donnés les caractères originaux qu'elle présente, il importe de consacrer une étude spéciale à l'*exceptio plurium*. C'est naturellement à travers le Code civil allemand que nous l'examinerons, puisqu'elle est avant tout une création du droit allemand.

Quand l'enfant ou son représentant légal a démontré que tel homme a cohabité avec sa mère pendant la période légale de la conception, cet homme est présumé être le père de l'enfant. Mais il est autorisé à combattre par tous moyens la présomption qui pèse sur lui. Il peut offrir de prouver qu'un autre individu a cohabité avec la demanderesse pendant la période critique. Alors la paternité du défendeur paraîtra douteuse ; et le problème deviendra insoluble. Il va de soi que celui qui invoque une exception a la charge de la preuve. *Reus in excipiendo fit actor*. Il a d'ailleurs à sa disposition tous les modes de preuve ordinaires : écrits, témoignages, aveux, serments, etc. (1).

L'*exceptio plurium* conserve toute sa valeur, bien que la cohabitation n'ait pas été de la part de la mère un acte volontaire, peu importe que celle-ci ait été surprise, abusée, violentée. Le seul fait du rapprochement sexuel avec plusieurs hommes pendant la période légale, suffit à semer le doute et interdit au juge de déclarer la paternité du défendeur. Nous avons mentionné, quelques pages plus haut (2), cette manœuvre odieuse qui est fréquemment employée en Allemagne et qui consiste à engager un ami complaisant (*guter Freund*) à cohabiter avec la femme, aux poursuites de laquelle on entend se soustraire. Peu importe que celle-ci ait été attirée dans un piège perfide : les deux comparses opposeront triompha-

(1) Planck, ad § 1717. 4. a.

(2) Voy. *supra* page 259.

lement l'*exceptio plurium* (1). Certains auteurs, indignés du succès d'une pratique aussi répugnante, ont essayé de trouver un moyen d'annihiler en ce cas l'effet de l'exception. On a parlé de permettre à la femme d'opposer une *replicatio doli* à l'*exceptio plurium* ; on a aussi tiré argument de l'article 823 du Code civil allemand qui ordonne la réparation du préjudice causé à autrui à dessein ou par négligence (2). Mais dans notre hypothèse, la femme, quoique abusée, est consentante : nous nous heurtons à la maxime juridique : *Volenti non fit injuria* (3).

Une autre question très importante qui est l'objet des plus vives controverses, est celle de savoir si le défendeur qui invoque l'*exceptio plurium* est tenu de désigner nominativement l'autre concubin. Les avis sont partagés sur ce point. Planck et à sa suite de nombreux auteurs prétendent que le défendeur n'a pas besoin de donner le nom de l'homme qui a également cohabité avec la demanderesse. Il n'a qu'à opposer l'exception et, comme tous les modes de preuve du Code de procédure civile lui sont ouverts, il peut déférer de façon générale le serment à la mère sur la question de savoir si elle a eu des relations charnelles avec d'autres hommes que lui pendant la période légale de la conception (4). D'autres estiment cette interprétation trop large, ils considèrent que l'*exceptio plurium* n'a plus aucune valeur si l'on se contente de l'invoquer d'une manière vague sans apporter la preuve

(1) Planck ad. 1717 3. b. — Cosack. *Lehrbuch des deutschen B. Rechts* IV, § 358.1. p. 678 (édit. 1912). — Rosenberg. *Juristenzeitung*, 1. V. 1903. — Endemann, II, p. 654, note 44.

(2) Scherer. *Die Gesetzgebung des deutschen Reiches* ad 1717, p. 382, n° 659.

(3) Poetzsch, *op. cit.*, p. 58.

(4) Planck ad 1717. 4. a. — Schneikert. *Seufferts Blätter für Rechtsanwendung*, vol. 58, p. 274. — Natter. *Jahrbücher der württembergischen Rechtspflege*, 1904, p. 257, 269. — Brettner, in *Recht* 1904, p. 494.5. — Meyerowitz, in *Jur. Wochenschrift*, 1906, p. 99. — Opet, *op. cit.*, § 36. 2. b. p. 373 et Glück, vol. II, n'admettent pas — Opet, *op. cit.*, § 26. 2. b. p. 373 et Glück, vol. II, n'admettent pas qu'on puisse déférer le serment à la mère sans avoir invoqué un acte déterminé de cohabitation. (*bestimmtes Beiwohnungsakt*).

d'aucun fait précis. Il est donc nécessaire que le défendeur désigne l'autre individu ou tout au moins fournisse sur lui des renseignements et des détails circonstanciés qui soient de nature à le faire identifier (1). Plusieurs arrêts ont d'ailleurs confirmé cette dernière opinion, en se basant sur l'article 451 du C. P. C. d'après lequel on ne saurait déférer le serment à une personne sans avoir allégué des faits précis, des circonstances déterminées (2). On saisit l'intérêt de cette question. Nous avons dit, dans les pages précédentes, le grand nombre d'abus qui était fait de l'*exceptio plurium*. M. Haléwyck nous rapporte que le défendeur l'invoque au petit bonheur, sans disposer d'aucune preuve. Le défendeur ne pourrait recourir à cette manœuvre louche, s'il était contraint de désigner le concubin d'une façon précise (3). S'il lui suffit d'invoquer l'exception, pourquoi le législateur allemand a-t-il rejeté l'exception d'infidélité ? Elle lui paraissait, dit-il, trop vague, trop large ; elle offre au défendeur un moyen trop facile de se soustraire à ses obligations. Mais le fait d'opposer l'*exceptio plurium* sans donner aucun nom, est-il chose plus significative et moins aisée ?

Même lorsqu'elle est bien établie, l'*exceptio plurium* ne met pas fin nécessairement au procès en déboutant le demandeur. Elle n'a pas de caractère absolu, péremptoire (*keine absolute Wirkung*) (4). Celui auquel on l'oppose jouit d'un droit de réplique. Il peut, en prouvant à son tour la réalité de certains faits, anéantir l'effet de l'exception.

(1) Staudinger ad 1717. 3. c. — Crome t. IV, p. 553, note 14. — Dernburg. IV, § 89. — Endemann, II, p. 655, note 48. — Keidel, in *Blätter für Rechtsanwendung*, vol. 68, p. 469. — Schönfeld, in *deutsche Juristen Zeitung*, 1902, p. 455.

(2 et 3) Pour réprimer ces abus, la jurisprudence exige que le défendeur désigne une personne déterminée. Landgericht de Heidelberg, 2 janvier 1901 : *Badische Rechtspraxis*, 1901, p. 272. — Amtsgericht Kehl, 1^{er} oct. 1901. *eod. loc.*, 1902, p. 4, n° 1. — *Contra*. Landgericht Ulm. *Juristische Wochenschrift*, 1904, p. 606.

(4) Planck ad 1717. 4. b. — Staudinger ad 1717. note 3. — Opet, *op. cit.*, § 36.2. b, p. 373. — Mantey, *op. cit.*, p. 81. — *Denkschrift*, p. 712. — Poetzsch, *op. cit.*, p. 58.

Par exemple la mère démontrera qu'il est matériellement impossible que l'enfant ait été conçu des œuvres de l'individu désigné (1) ; elle pourra s'appuyer sur les expertises de médecins qui attesteront que l'enfant n'a pas été conçu à l'époque indiquée par le défendeur (2). Tous les faits que nous avons passés en revue en étudiant l'exception d'impossibilité sont susceptibles d'être invoqués, à fin de démontrer que l'homme désigné a été incapable soit à raison de son état physique, soit à raison de circonstances extérieures, de procréer l'enfant. Une bonne réplique à l'*exceptio plurium* consiste à établir que la mère était déjà enceinte (3) au moment où elle a connu son nouvel amant. Des expertises médico-légales sont encore dans ce cas d'un grand secours. Ainsi l'exception d'impossibilité joue un *double* rôle : elle est une arme dans les mains du défendeur qui cherche à détruire l'effet de la présomption de paternité qui pèse sur lui. Elle est aussi une réplique à l'*exceptio plurium* invoquée par le défendeur.



Enfin l'homme qui a reconnu sa paternité dans un acte authentique ne saurait être admis à invoquer l'*exceptio plurium*. Nous rencontrons ici une institution fort originale du Code civil allemand qui mérite de retenir notre attention. L'article 1718 du Code civil allemand est ainsi rédigé : « Celui qui, après la naissance de l'enfant, recon-
« naît sa paternité dans un acte public ne peut invoquer
« le fait qu'un autre a cohabité avec la mère pendant la
« période légale de la conception ». On croit se trouver, au premier abord, en présence d'un texte réglant les con-

(1) Voy. notre travail. — Cf. Art. 1717 C. c. all.

(2) Landgericht Munich, 15 février 1905. *Seufferts Blätter für Rechtsanwendung*, vol. 70, p. 246. — Amtsgericht Constance, 9 fév. 1904, *Badische Rechtspraxis*, 1904, p. 176, n° 18.

(3) Crome, t. IV, § 617 b, p. 554. — Dernbürg, IV § 89, p. 286. — Mantey, *op. cit.*, p. 9.

ditions de la reconnaissance des enfants naturels. En réalité, il s'agit de tout autre chose. La reconnaissance, dans le Code civil allemand, n'établit aucun lien de parenté entre le père et l'enfant ; ceux-ci restent totalement étrangers l'un à l'autre. Elle constituerait plutôt un moyen de preuve (1) dont peut se servir à l'occasion le bénéficiaire de l'acte. Son seul effet est de sanctionner la parole de l'auteur de la reconnaissance et d'éviter tout retour de volonté de sa part ; elle lui interdit l'exercice de l'*exceptio plurium*. Il est censé avoir fait cet aveu en pleine connaissance de cause et avoir ainsi renoncé à se servir d'un moyen de défense qui rendrait incertain un fait qu'il a affirmé être vrai. Mais l'interdiction ne concerne que l'*exceptio plurium*. Le défendeur reste libre de contredire les prétentions de la partie demanderesse par tous autres moyens. Il peut même nier avoir cohabité avec la mère pendant la période légale de la conception ou invoquer l'exception d'impossibilité (2). Toutes ces questions doivent être examinées et jugées d'après les principes ordinaires de procédure (art. 286 C. P. C.).

Etudions rapidement les conditions de validité de la reconnaissance en droit allemand. Elle doit être constatée dans un acte authentique (in öffentlicher Urkunde) (3 et 4) ; elle peut également être contenue dans des dispositions à cause de mort, insérée dans la clause d'un testament (5), mais, en ce cas, elle ne vaut qu'autant que le testament n'est pas révoqué ou annulé pour vice de forme (6). Elle n'est jamais tacite, mais peut résulter d'une transaction

(1) Crome, t. IV, § 617, p. 554, n° 3.

(2) Planck ad 1718. 1. — Staudinger ad 1718. 1. b. — Opet, *op. cit.*, § 36.3, p. 374. — Poetzsch, *op. cit.*, p. 62. — Crome, t. IV, § 617 p. 555.

(3 et 4). Art. 1718. C. c. all., § 415 C. P. C. Sur la compétence des fonctionnaires pour recevoir un tel acte, voy. Planck ad 1718, 6. a. — Staudinger, ad 1718. 5. a. — Dernbùrg, t. IV, § 89, p. 288.

(5) Cf. art. 1598. C. c. all., 3^e alinéa (par analogie avec l'Ehelichkeitserklärung.

(6) Planck ad 1718 6. c. — Poetzsch, *op. cit.*, p. 65.

qui a été passée entre l'enfant et le père, et par laquelle celui-ci abandonne à l'enfant un certain capital (Abfindungssumme) (1). La reconnaissance ne peut avoir lieu qu'après la naissance de l'enfant (2) ; le texte est formel. Elle peut même être valablement faite après la mort de l'enfant (3). Elle ne saurait être suspendue à un terme ou à une condition, ces modalités sont incompatibles avec la nature de l'acte (4).

On décide généralement que les articles du Code civil allemand, qui régissent la capacité des personnes, sont applicables à notre matière. L'auteur de la reconnaissance doit avoir la pleine capacité civile (5), l'incapable doit être muni du consentement de son représentant légal. On discute la question de savoir si une reconnaissance peut être faite par un représentant ; il semble qu'un acte aussi grave est strictement personnel (6). En tous cas, la reconnaissance est un acte unilatéral (einseitiges Rechtsgeschäft) dont la validité n'est pas soumise au consentement du bénéficiaire (7). Elle doit, enfin, contenir l'affirmation de la paternité, et non seulement celle de la cohabitation. Une déclaration faite en ce sens dispenserait sans doute le demandeur de fournir la preuve du rapprochement, mais laisserait au prétendu père le plein exercice de l'*exceptio plurium* (8).

(1) Planck ad 1718. 7.

(2) Opet, *op. cit.*, § 36, III, p. 374.—Planck, ad 1718.5—Poetzsch, *op. cit.*, p. 64. — Hirsch, *op. cit.*, p. 80. — Förster Eccius IV, p. 177, n° 9.

(3) Crome, t. IV, § 617 p. 554, note 21.

(4) Opet, *op. cit.*, § 36, p. 375. — *Contra* Planck, ad 1718.4. c.

(5) Cf. §§ 104, 105, 114 C. c. all. Sur ces questions de capacité, voy. Planck ad 1718 4. a. — Staudinger ad 1718. 4. a. — Schmidt. *Die Vormundschaft über uneheliche Kinder*, p. 318.

(6) En ce sens. Opet, *op. cit.*, § 36, p. 374. — Jug. du Pr. Ob. Trib. 23 mars 1866. *Striethorst Arch.*, vol. 62, p. 156.

(7) Planck ad 1718. 4. — Crome, t. IV, § 617, p. 554, note 22. — Poetzsch, *op. cit.*, p. 63.

(8) Opet, *op. cit.*, § 36, p. 374. — Förster Eccius, t. IV, p. 177, n° 9. — Hirsch, *op. cit.*, p. 79. Cependant la nécessité de l'affirmation de la paternité est contestée.

L'acte de reconnaissance est soumis aux règles générales du Code civil allemand, relatives aux actes juridiques. Elle peut être annulée, conformément au droit commun, pour erreur (*Irrtum*), dol (*arglistige Täuschung*), menaces (*Drohung*) (1). Mais il s'agit de déterminer les cas dans lesquels on considère qu'il y a eu erreur ou dol. Or, les auteurs sont particulièrement sévères dans l'appréciation des circonstances qui sont de nature à faire annuler la reconnaissance. Ainsi l'on ne considère pas comme une erreur le fait, pour l'auteur de l'acte, d'avoir ignoré les relations de la mère avec d'autres individus que lui-même pendant la période critique. Il est censé s'être parfaitement renseigné. Si l'on eût admis la solution contraire, disent les auteurs, on eût contredit la raison même de l'acte de reconnaissance qui a précisément pour but et pour effet d'interdire à son auteur l'emploi de l'*exceptio plurium* (2). « *Denn die Anerkennung beabsichtigt eben die Geltendmachung der Einrede der Mehreren auszuschließen* » (3). Bien plus, les auteurs et la jurisprudence ne qualifient pas « dol » le fait, pour la mère, d'avoir affirmé mensongèrement sa fidélité à l'homme dont elle cherche à obtenir un acte de reconnaissance (4). Et, cependant, qui nierait qu'il n'y a pas eu, en ce cas, un piège traîtreusement préparé et emploi de manœuvres dolosives ? Quelques auteurs protestent, d'ailleurs, contre cette solution injustifiable (5). Par contre on admet la nullité de la recon-

(1) Cf. art. 119, 123. C. c. all. — Planck ad 1718. 4. e. — Staudinger ad 1718. 4. c. — Crome § 617, p. 555. — Opet, *op. cit.*, § 36.4, p. 375.

(2) Auteurs précédemment cités. Ajouter Poetzsch, *op. cit.*, p. 63. — Dernburg, IV, § 89 p. 288, note 12. — Hirsch, *op. cit.*, p. 81. — Fränkel, *op. cit.*, p. 175.

(3) Opet, *op. cit.*, § 36, p. 375, note 22. — Fischer und Henle § 1718, n. 3.

(4) Arrêt du tribunal impérial 30 juin 1904, n° 514, 03. *Juristische Wochenschrift* 1904, p. 489. Même tribunal 31 janvier 1908. — Werneyer. *Jahrbuch der Entscheidungen Ergänzungsband. 1 Jahrg.* Leipzig 1908, p. 196, n° 277.

(5) Planck, ad § 1718. 4. e. — Crome, § 617, p. 555, note 30. — Haléwyck, *op. cit.*, p. 35.

naissance dans un cas qui paraît bien moins intéressant, c'est celui où le prétendu père a fait erreur sur la date de sa cohabitation avec la demanderesse ; il croyait qu'elle était comprise dans la période légale de la conception, alors qu'elle lui était antérieure et tombait ainsi en dehors du délai légal (1).

Mais la question la plus importante, à notre avis, consiste à déterminer quel est exactement l'objet de l'acte de reconnaissance en droit allemand. Ce point est fort discuté en doctrine. Il y a presque autant d'avis différents que d'auteurs. Cependant, l'opinion la plus généralement admise (2) considère cette déclaration comme un acte unilatéral, ayant pour objet unique la renonciation (*Verzicht*) à invoquer l'*exceptio plurium*. Celui qui fait une reconnaissance s'engage à ne jamais invoquer l'exception d'infidélité et à endosser toutes les conséquences de son acte. D'autres (3) ont vu dans la déclaration de reconnaissance quelque chose de plus qu'une simple renonciation ; ce n'est pas un acte purement négatif ; il exprime aussi une décision de la volonté. Il faut le rapprocher de la déclaration de légitimité de l'article 1598 du Code civil allemand. Il renfermerait donc un aveu et renforcerait ainsi la présomption de l'article 1717 qu'il élèverait au rang d'une présomption *juris et de jure*. On affirme également (4) que cette déclaration implique, outre l'aveu de la

(1) Staudinger, ad § 1718, note 4. e. — Opet, *op. cit.*, § 36, p. 375, note 22. — Dispeker, *Die Anerkennung der Vaterschaft nach § 1718, B. G. B.* dans *Blätter für Rechtsanwendung*, vol. 69, p. 168 seq. — *Contra* Planck, ad 1718.4 e. — Crome, t. IV, § 617, p. 554, n° 3.

(2) Planck, ad 1718. 2. — Hirsch, *op. cit.*, p. 81. — Fränkel, *Das Familienrecht des bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, p. 175. — Eck, *Vorträge über das Recht des B. G. B.*, II, p. 509. — Crome, vol. IV, § 617, p. 554. — Enneccerus Lehmann, vol. II, § 216. — Dernbürg, vol. IV, § 89, p. 287. — Schnetzer, *op. cit.*, p. 28. — Protokolle, p. 6206.

(3) Hachenbürg, *op. cit.*, p. 34, 35.

(4) Nagorski, *op. cit.*, p. 67. — Arrêt de l'Oberlandgericht de Hamm du 4 février 1902 *Recht*, 1902, p. 209. — Bayerisches Oberstes Landesgericht de Munich, *Seufferts Blätter*, vol. 67, p. 39.

cohabitation, l'intention de son auteur de vouloir prendre à sa charge toutes les conséquences résultant du commerce illicite avec la mère de l'enfant. D'autres enfin n'hésitent pas à donner comme objet de cet acte l'aveu même de la paternité. La volonté du père d'être l'auteur de l'enfant serait le contenu essentiel de la déclaration (1). Cependant, cette opinion ne semble pas du tout conforme à l'esprit du législateur qui n'a voulu expressément interdire, dans l'article 1718, que l'usage de l'*exceptio plurium*. Toutes les autres exceptions peuvent être opposées. Aussi faut-il se résigner à voir, conformément à l'opinion dominante, dans l'acte de reconnaissance, qu'une simple renonciation à se servir d'un moyen de défense. Cette déclaration ne produit aucun autre effet. Elle peut être combattue par tous les moyens autres que l'exception d'infidélité.

Une des plus curieuses conséquences de ce système, c'est que l'acte de reconnaissance n'a pas un caractère absolu. Il n'est pas opposable à tous, mais n'a d'effets qu'à l'égard des parties. « *Sie hat keine konstutive Wirkungskung* » (2). Dès lors, il est fort possible qu'un même enfant soit l'objet de plusieurs reconnaissances de la part d'individus différents. Car toutes ces personnes ont pu, valablement, s'interdire le droit d'opposer l'*exceptio plurium*. L'enfant a donc la faculté de faire condamner chacun d'eux au paiement d'une rente alimentaire, et d'exiger de chacun le versement intégral de la pension (3). Nous voilà donc conduits logiquement au système de la paternité plurale. Il a d'ailleurs été consacré et justifié par un arrêt du Landgericht de Colmar (4) ; il avait en outre été auto-

(1) Opet, *op. cit.*, p. 374.

(2) Planck, ad 1718. 2. — Opet, *op. cit.*, § 36, III, p. 373. — Barazzetti, *op. cit.*, p. 441 n° 1. — Fischer und Henle, § 1718 n° 5. — Poetzsch, *op. cit.*, p. 62. — Hirsch, *op. cit.*, p. 79.

(3) *Motifs du C. c. all.*, IV, p. 922. — Haléwyck, *op. cit.*, p. 124 seq. Voir notre chapitre sur l'« Obligation alimentaire ». — Poetzsch, *op. cit.*, p. 66. — Dernbürg, t. IV, p. 287, note 8.

(4) Landgericht de Colmar, 26 janvier 1901, dans *Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsass Lothringen*, 1901, p. 328 seq. — Voy. exemples cités par Endemann, *op. cit.*, vol. II, p. 647, note 18.

risé dans les délibérations de la deuxième Commission du Reichstag (1). En particulier, il faut décider qu'au cours d'un procès en paternité, le défendeur ne pourrait se contenter d'invoquer l'existence d'un acte de reconnaissance émané d'un autre individu (2). Plusieurs hommes peuvent donc très valablement être condamnés comme « pères » d'un enfant naturel.

Si cette conséquence ne paraît pas choquante aux esprits germaniques, elle heurte violemment notre conscience de Français. Elle provoque à la fois le rire et l'indignation. On apprend, en lisant les motifs du Code civil allemand, que l'institution de la reconnaissance constitutive d'état, telle qu'elle est organisée en France, n'a jamais été en faveur auprès du législateur allemand. Il lui reproche d'inciter les basses classes de la société à vivre en concubinage par la facilité qu'elle offre de régulariser la situation de l'enfant illégitime. Il lui reproche également d'apporter le trouble dans les familles par les conséquences étendues qu'elle entraîne. D'ailleurs, le Code civil allemand n'a que faire de cette institution, puisqu'il a organisé, avec un soin minutieux et entouré de toutes les garanties désirables, l'adoption, la légitimation, la déclaration de légitimité (3). L'article 1718 est donc une création, une innovation allemande. Il faut avouer qu'elle est singulièrement malheureuse. Pourquoi avoir choisi, parmi les conséquences possibles de la reconnaissance, la plus grave et la plus dangereuse, celle de renoncer, d'une manière définitive, à exciper des désordres de la mère ? Il est triste de penser qu'un homme, aveuglé par la passion, qui a signé étourdiment un acte de reconnaissance, se démunisse ainsi à jamais des seules armes qui lui eussent permis de repousser victorieusement les attaques de la demanderesse. Quand bien même cet homme arguerait de ce

(1) *Protokolle*, p. 6206.

(2) Voy. jugement de Colmar précité.

(3) Cf. *Motifs du C. c. all.*, t. IV, p. 852. 3. — Sur la légitimation en droit allemand, voy. Haléwyck, *op. cit.*, pp. 153 à 171.

fait qu'il n'était pas seul à partager les faveurs de la mère, quand bien même il invoquerait l'existence d'actes de reconnaissance émanant d'autres individus, il ne peut plus être admis à l'*exceptio plurium*; tous les auteurs de ces actes sont étrangers les uns aux autres. Ils sont tous pères de l'enfant, puisqu'ils l'affirment. Pourquoi croire celui-ci plutôt que celui-là ! C'est absurde, me dites-vous. Mais, qu'importe ! On suppose que chacun a agi en pleine connaissance de cause, qu'il a pris tous ses renseignements (1). Tant pis si sa bonne foi a été surprise, s'il a été indignement abusé, s'il est tombé dans un piège habilement tendu. Il est lié définitivement.

Ainsi le législateur allemand, comme le fait remarquer un auteur (2), connaît trois sortes de paternité ou plutôt trois degrés dans la paternité. Il y a la paternité légitime, qui produit les effets les plus étendus de la filiation. Il y a une paternité de second ordre, la paternité illégitime des articles 1708-1716 du Code civil allemand, qui n'impose au père que le paiement d'une pension alimentaire. Enfin, il existe une paternité dégradée, celle de l'article 1718, dont tous les effets se réduisent à l'interdiction d'user d'un certain moyen de défense. Elle est une sorte de paternité latente, virtuelle, qui pourra se transformer en paternité réelle. On voit à quelles formules étranges, à quelles conclusions ridicules conduit le système allemand. Quand d'une institution découlent des effets aussi contraires à la morale et à la nature, le mot a été dit, au « sain bons sens » (*gesunden Menschenverstand*) (3), cette institution est jugée. D'ailleurs, les critiques violentes et les mots aigres ne lui ont pas été ménagés. La solution de l'article 1718 du Code civil allemand paraît être à M. Roux une « cote mal taillée » (4). M. Haléwyck la juge non moins sévère-

(1) *Protokolle*, pp. 6207, 6210.

(2 et 3) Nagorski, *op. cit.*, p. 68 et 69.

(4) Roux. *De la condition juridique des enfants naturels dans le C. c. all.* p. 98, Thèse Paris, 1902. — Voy. aussi Scherer. *Die Gesetzgebung des Deutschen Reiches*, vol. 9. Familienrecht, p. 387.

ment (1), et, en Suisse, M. Nagorski n'y voit qu'un amas de subtilités et de malentendus. « Wenn das B.G.B. den « sonst klaren Bezeichnungen einen ganz neuen Inhalt « geben wollte, so hat es damit nun eine Fülle von Miss- « verständnissen heraufbeschworen » (2). Aussi peut-on affirmer sans crainte d'être démenti que si le Code civil allemand renferme plus d'une solution satisfaisante, le système de la reconnaissance qu'il a consacré dans l'article 1718 ne lui sera guère envié par les législateurs modernes, car il est, pour employer une expression très usitée en Allemagne, « *ganz verfehlt* », tout à fait « raté ».

*
**

L'*exceptio plurium* du droit allemand n'a eu qu'un succès très relatif auprès des législations étrangères. Sans doute celles-ci permettent en général au défendeur d'exciper de ce fait que la mère a cohabité avec plusieurs hommes pendant la période légale de la conception, mais elles ont pris soin d'indiquer qu'elles n'entendaient pas adopter sur ce point le système allemand. Elles n'ont retenu de l'*exceptio plurium* que le seul principe, mais elles en ont modifié sensiblement la forme. Elles l'ont dédoublée en deux exceptions distinctes, l'une qui consiste à invoquer la cohabitation accidentelle de la mère avec un ou plusieurs autres individus que le défendeur ; et l'autre qui résulte du fait de relations habituelles et notoires de la mère avec des personnes du sexe masculin ; cette dernière est l'exception d'inconduite (*unzüchtiger Lebenswandel*).

*
**

Il nous faut étudier successivement ces deux moyens de défense. Le premier est prévu en termes exprès par la plupart des législations modernes, la loi française de 1912, alinéa 8 ; la loi belge du 6 avril 1908, article 340d ; l'or-

(1) Haléwyck, *op. cit.*, p. 34, 35.

(2) Nagorski, *op. cit.*, p. 68 et 69.

donnance monégasque, article 236 *bis* ; la loi hollandaise, article 4 ; le projet italien Scialoja, article 11. Il est généralement formulé en ces termes : « La demande est rejetée, s'il est établi que pendant la période légale de la conception, la mère a eu commerce avec un autre individu que le père prétendu. » D'autres législations se contentent d'user d'une formule vague : tel le Code civil suisse : « La présomption tombe, si des faits établis permettent d'élever des doutes sérieux (erhebliche Zweifel) sur la paternité du défendeur » (1). Enfin, certaines lois ne font aucune allusion directe ou indirecte à ce moyen de défense (2) ; mais il est certain qu'elles l'admettent implicitement, puisqu'elles proclament le principe de la liberté de la preuve et de la contre-preuve et qu'elles laissent au juge plein pouvoir pour apprécier à leur valeur les faits allégués par la partie demanderesse.

Il est possible, malgré la diversité des textes législatifs, d'indiquer quelques solutions communément admises sur cette question. Ainsi, le défendeur ne peut se contenter d'invoquer cette exception, de façon vague et sans apporter aucune précision. Il doit au contraire apporter des faits significatifs, des détails circonstanciés, nommer ou désigner le ou les individus qui ont cohabité avec la mère (3). Sur ce point, l'*exceptio plurium* est très heureusement corrigée. Le défendeur ne peut user avec succès de l'exception que s'il lui donne au moins une apparence de

(1) Une formule analogue a été adoptée par la loi hollandaise du 16 nov. 1909 : « La demande est rejetée si le juge en conscience est convaincu que le défendeur n'est point le père de l'enfant » art. 4.

(2) Il en est ainsi en Espagne et au Portugal. Nous ne connaissons parmi les législations modernes que la loi danoise qui proclame le principe de la paternité plurale.

(3) Brun, *op. cit.*, p. 105. — Curti Forrer, ad art. 314 n° 11. — C'est justement dans cette désignation précise de l'« autre » amant que réside la différence essentielle entre l'exception d'inconduite et l'exception d'infidélité. — Voy. Hoyoïs. Chambre belge, 1906, n° 64, p. 75.

réalité. Par contre, il importe peu que la mère n'ait pas accepté de son plein gré la cohabitation avec d'autres, qu'elle ait été victime de manœuvres perfides, qu'elle ait été attirée dans un piège (1). On ne lui accorde pas même le droit d'opposer une *replicatio doli* (2). Tant pis pour elle, et tant pis pour son enfant, mais le seul fait d'avoir eu, au cours de la période critique, des rapports charnels avec deux individus différents, constitue un obstacle insurmontable à l'attribution certaine de la paternité au défendeur. Il a donc été impossible de remédier sur ce point aux défauts de l'*exceptio plurium* et de prévenir les abus. Le seul moyen de sauvegarder dans tous les cas, les intérêts de l'enfant, c'est d'adhérer au système de la condamnation solidaire de tous les concubins. Mais nous avons déjà dit pourquoi cette solution nous semblait difficilement acceptable dans l'état actuel de nos mœurs. Il y a cependant un cas où l'admission de l'exception d'infidélité conduit à un résultat particulièrement choquant : c'est celui où la femme a été contrainte par l'emploi de la violence physique à cohabiter avec plusieurs hommes ; on songe à l'hypothèse d'un viol commis par plusieurs individus, ou d'un enlèvement effectué dans les mêmes conditions. Il est odieux que les coauteurs de l'attentat puissent opposer aux réclamations de la demanderesse le crime de leur complice, et que la femme soit déboutée de sa demande, parce qu'elle aura été victime d'un plus abominable forfait (3). Et pourtant, dans une législation qui s'attache à découvrir le véritable père, il est évident que dans ce cas, le problème est insoluble. Ou est dans la logique du système, si l'on n'est pas dans la vérité et la justice. La femme, n'ayant pas eu de responsabilité morale, n'a pu commettre de faute. Elle ne devrait donc pas avoir à souffrir doublement du crime odieux qui a été perpétré

(1) Peyer, *op. cit.*, p. 110. — Cosack, *op. cit.*, II, § 331.

(2) Scherer *Familienrecht des B. G. B.* ad art. 1717.

(3) Cette hypothèse troublante a été aperçue par M. Huber. *Exp. des Motifs du C. c. suisse*, p. 229.

sur elle. Mais ce n'est pas sur la responsabilité de la mère qu'est fondée l'exception, c'est uniquement sur ce fait que la paternité du défendeur ne saurait être établie avec certitude.

Il suffit de même, pour que l'exception soit justifiée, que le défendeur apporte la preuve d'un seul rapprochement sexuel, même accidentel de la mère avec un autre homme que lui. Un écart de conduite, même isolé, suffit à entraîner le doute sur la paternité du défendeur (1). Il va sans dire que c'est une preuve positive de l'infidélité de la mère que réclame le législateur, et non pas seulement un simple soupçon. Cette preuve peut être faite, de la façon la plus large, par toutes les voies de droit, sans aucune restriction. Mais, ainsi que le fait remarquer avec beaucoup de bon sens le rapporteur au Sénat français « l'acte matériel « de rapprochement pourra se révéler, comme l'adultère, « par des aveux ou demi aveux échappés dans la correspondance, par des écrits qui, sans contenir le mot, laisseront percer le fait, enfin par le genre de vie, les rencontres, la cohabitation et toutes autres circonstances particulières qui décèleront des relations amoureuses » (2). Enfin il ne peut y avoir doute sur la filiation de l'enfant, qu'autant que le fait du commerce avec un autre homme que le défendeur se place au cours de la période légale de la conception. C'est donc une épreuve de fidélité de quatre mois seulement qui est imposée à la femme (3).

Celle-ci est libre de repousser l'exception d'infidélité en démontrant qu'il est impossible que l'homme désigné soit le père de l'enfant (2). Elle peut invoquer en particulier tous les faits qui constituent l'exception d'impos-

(1) Guillier. Sénat. Déb. *J. Off.*, 17 juin 1910, p. 1518, 3^e col.— Galopin, *op. cit.*, n° 25, p. 24.

(2) Rapport au Sénat français, 1908, n° 369, p. 35.

(3) Voy. Girard, Garde des Sceaux. Sénat, Déb. *J. Off.*, 17 juin 1910 p. 1517, 3^e col., — Galopin, *op. cit.*, n° 25.— Mohr, *op. cit.*, p. 96.

(4) Peycr, *op. cit.*, p. 110.— Mohr, *op. cit.*, p. 97.

sibilité (1) ; prouver que l'époque de la cohabitation avec « l'autre » que le défendeur ne correspond pas avec l'époque probable de la conception. Les juristes suisses admettent que dans ce but la demanderesse produise des attestations de médecins et fasse procéder à une expertise, afin de faire déterminer la durée approximative de la gestation. On peut ainsi savoir si l'on a affaire à une naissance tardive, ou s'il s'agit au contraire d'une naissance hâtive ; et selon les cas, il faudra tenir compte ou faire abstraction d'une cohabitation proche ou lointaine du jour de la naissance. Ces expertises médico-légales ne sont usitées qu'en Allemagne et en Suisse (2) ; peut-être conviendrait-il d'en faire une application prudente dans les pays latins.



La plupart des législations connaissent outre l'exception d'infidélité l'exception d'inconduite. Il importe de distinguer soigneusement ces deux moyens de défense, qu'on a parfois tenté de confondre. Il y a la femme, d'apparence honnête, dont les allures sont discrètes et prudentes, qui entretient une intrigue avec un amant, ou vit en concubinage avec un homme. Cette femme ne cause pas de scandale ; l'irrégularité de sa situation est parfois ignorée ; en tous cas personne n'est choqué par sa conduite, et son genre de vie. Mais elle a eu en secret des relations avec un autre individu que l'amant en titre. Le rapprochement a même pu être un fait isolé, accidentel. On ne pourrait dire de cette femme qu'elle est une courtisane, une prostituée. Et cependant il est juste que si le père prétendu parvient à découvrir l'infidélité de sa maîtresse, il puisse repousser ses revendications en démontrant son écart de

(1) *Supra*, pages 247 et suiv.

(2) Cf. article du Dr Buecheler. *Der Arzt als Gutachter bei Feststellung der unehelichen Vaterschaft in Vorberichte zur zweiten Tagung deutscher Berufsvormünder*. Dresde, 1907, p. 39 et suiv. — Egger, ad art. 314, note 1 b. — Peyer, *op. cit.*, p. 106, voy. *supra*, page 237.

conduite. Mais il y a aussi la femme qui mène ouvertement, au su et au vu de tous, une vie de débauche et de désordre. Elle se livre au premier venu ; elle attire une cour d'admirateurs, afin de mettre ses charmes en valeur. Souvent même elle fait métier de son inconduite. C'est la prostituée, c'est la fille publique, c'est celle dont M. Rivet citait cette gaillardise : « Quand on s'assied sur
« une fourmilière, sait-on quelle est la fourmi qui vous
« a piquée ? » (1). Sait-on même combien il y avait de fourmis ? Ici encore il paraît juste que le défendeur, bien qu'ayant eu les bonnes grâces de la mère, soit admis à démontrer qu'il n'était pas seul à partager ses faveurs ; et, comme il lui est difficile, parfois impossible, de connaître et de désigner individuellement la foule des amants de passage, il est autorisé à se prévaloir de l'inconduite notoire de la demanderesse, sans être tenu de fournir aucune précision, d'indiquer nominalemeut les nombreux individus auxquels elle a pu se livrer (2). « Il y a des femmes, dit M. Guillier, dont la réputation est détestable, sur
« le compte desquelles tout le monde est fixé, et néanmoins pour lesquelles il serait malaisé de trouver des
« témoins pouvant affirmer qu'elles se sont livrées à tel
« ou tel homme. On trouve facilement des gens attestant
« leur inconduite, certifiant leur immoralité, qui ne pourront pas donner des détails circonstanciés... Celui
« qu'une telle femme aura attaqué n'aura pour se défendre qu'à lui opposer son genre de vie et à établir son
« inconduite » (3).

On saisit de suite le double avantage de cette exception d'inconduite. Elle permet au défendeur de repousser une paternité qu'on ne pouvait lui attribuer avec certitude ; et elle prévient le chantage et le scandale en écartant du prétoire toutes les femmes de mauvaise vie. On entrevoit aussi un inconvénient possible : celui d'exposer la femme

(1) Rivet. *La Recherche de la Paternité*, p. 29.

(2) Hoyoïs. Chambre belge, 1906, n° 64, p. 75, 2^e col.

(3) Guillier. Sénat, Déb. parl., *J. Off.*, 17 juin 1910, p. 1518, 3^e col.

à la calomnie et à la médisance. Mais cet abus ne peut avoir de graves conséquences, puisque l'instance se déroule d'ordinaire dans le plus profond secret et que les juges jouissent d'un large pouvoir d'appréciation.

L'exception d'inconduite est susceptible de deux conceptions différentes qui ont été successivement adoptées par le législateur. Il a d'abord songé à se servir de cette exception pour interdire de façon absolue et permanente l'exercice de l'action à la femme de débauche. Il la frappait ainsi d'une sorte d'incapacité ; il la déclarait indigne, à raison de sa vie scandaleuse, de profiter du bénéfice de la loi (1). C'était une manière de sanction, de peine qu'il lui infligeait. Mais alors on remarqua qu'en voulant punir la mère, on atteignait l'enfant innocent. Parce que celle-ci avait vécu dans les désordres, le petit être conçu dans la débauche était et devait rester l'enfant de la fille publique. Il portera toute sa vie ce poids écrasant, cette marque d'infamie, qui lui vaudra toutes les hontes et tous les affronts. Sans doute le législateur ne peut avoir la prétention de modifier les jugements de l'opinion ; mais il peut et il doit, dans une certaine mesure, corriger les injustices du destin et s'efforcer de rendre moins amère la vie d'un enfant, victime du mauvais renom de sa mère et des préjugés sociaux. Dès lors il s'agit de concilier habilement les intérêts du demandeur et la nécessité de protéger le défendeur contre les manœuvres de chantage. Or le problème de la recherche de la paternité ne devient insoluble que si la mère a été d'une inconduite notoire au cours de la période légale de la conception ; c'est dans ce seul cas que la paternité est douteuse, dans ce seul cas que l'admission de l'exception est justifiée. On n'interdit donc à personne l'entrée du prétoire ; tous y ont libre accès ; mais tous n'obtiendront pas nécessairement gain de cause. On ne

(1) Cette conception dominait à l'époque où l'action en paternité ayant le caractère d'une action en *dommages-intérêts* était attribuée exclusivement à la mère (V. notre travail, *infra* : chapitre sur « l'Attribution active et passive de l'action en recherche de paternité »). Celle-ci n'obtenait donc un dédommagement que si elle en était digne. Mais l'enfant était indirectement atteint par l'indignité de sa mère.

repousse donc pas d'office, par principe, une action en paternité intentée par une courtisane. On ne la déboute pas de sa demande parce qu'elle est prostituée, mais parce que la vie licencieuse qu'elle a menée au cours de la période légale de la conception s'oppose à ce que le juge puisse désigner avec certitude le père de l'enfant.

Il importe, afin de dissiper toute équivoque, de discerner avec soin ces deux conceptions très différentes qu'on peut adopter au sujet de l'exception d'inconduite et qui ne sont pas toujours très nettement aperçues. Le premier système a été admis par les législations primitives ; nous en trouvons de très nombreux exemples dans les lois et Codes des cantons de la Suisse. On peut dire d'ailleurs d'une façon générale que la Suisse est le pays d'élection des exceptions de paternité. Chaque canton en a dressé une liste parfois longue et minutieuse. Elle a été sans cesse remaniée et complétée au cours des siècles, à mesure que l'expérience révélait un nouvel abus, un nouveau danger. Aussi les habitants se montrent-ils très attachés à ces dispositions cantonales qui rappellent souvent des souvenirs douloureux. L'exception d'inconduite y est spécialement mentionnée ; elle n'est pas énoncée à l'aide d'une formule générale, mais par une énumération détaillée (1). Ainsi à Zurich, la demande est repoussée, quand dans les deux dernières années la demanderesse a fait métier de fille publique (*öffentliche Dirne*) ou s'est livrée à des hommes à prix d'argent ; lorsque dans la même période, elle a séjourné pendant un temps prolongé dans une maison de débauche ou l'a fréquentée d'une manière suspecte ; lorsque à raison de la vie licencieuse qu'elle mène, par exemple si elle a donné le jour à plusieurs enfants naturels, ou bien à raison d'une condamnation pour adultère ou encore parce qu'elle a entraîné elle-même le défendeur à la débauche, la demanderesse *paraît indigne* du droit de s'adresser à la justice (2). La plupart des can-

(1) Voy. en particulier le Code de Zurich (art. 701) qui ne prévoit pas moins de sept hypothèses où l'action doit être rejetée.

(2) Code civil de Zurich, *loc. cit.*

tons suisses nous offrent des listes analogues. Schaffouse ajoute à cette énumération le cas où la demanderesse a été condamnée à une peine criminelle ou à une peine correctionnelle en cas de récidive (1). Il en est de même à Berne et à Fribourg (2). Il faut noter spécialement la curieuse disposition de ces deux dernières législations qui permettent à la demanderesse d'opposer au défendeur une *replicatio doli*, quand celui-ci s'est rendu coupable des mêmes fautes qu'elle (3). Le cas le plus fréquemment cité est celui où la mère fait le métier de fille publique et s'affiche comme telle (sich qualifiziere (4). Dans certains cantons, à Uri § 6, Schwyz § 24, Nidwald § 11, Glaris § 193, Soleure § 182, ces faits n'entraînent pas le rejet de la demande, mais excluent la mère du bénéfice du serment ; en fait, on aboutit au même résultat. Ainsi, ces législations voient, dans l'exception d'inconduite, un moyen d'écarter du prétoire toutes les femmes de mauvaise vie (5) ; selon l'expression même du Code zurichois, on les juge indignes d'exercer l'action. Les allégations de la demanderesse paraissent suspectes dès l'abord (6) car elles émanent d'une

(1) Schaffouse, P. G., art. 260.

(2) Berne, C. civ. art. 185. Fribourg *lex. cit.*, art. 55. La demande est rejetée dans ces cantons quand la mère a déjà eu 2 enfants naturels avec un autre que le défendeur (1 seul à Fribourg). Cette circonstance est fréquemment retenue contre la mère dans les législations suisses ; ceci dévoile bien le caractère de ces exceptions qui sont inspirées uniquement par le désir de frapper la mère d'indignité.

(3) Les cantons de Zug P. G., art. 63e; Obwald, *lex. cit.*, art. 9d connaissent les mêmes exceptions, mais ne mentionnent pas la *replicatio doli*.

(4) Voy. Code des Grisons, art. 73, al. 4. Appenzell, A. Rh. Familienrecht, art. 22 b, Berne, Fribourg, Zurich, déjà cités.

(5) Telle était aussi la conception adoptée par la loi prussienne du 24 avril 1854. La demande était repoussée quand la mère a déjà eu des enfants naturels, quand elle jouit d'une mauvaise réputation, quand elle se livre à des hommes à prix d'argent, quand elle les entraîne à la débauche, quand elle vit dans une maison publique. Cf. Gett, *Die Rechtsverhältnisse aus der ausserehelichen Geschlechtsgemeinschaft*, p. 123.

(6) Cette idée a été fort bien mise en lumière par ce passage du journal de l'Association des juristes bernois : « *Die ratio legis besteht darin-*

femme de mœurs si légères, de réputation si détestable, qu'en principe, on peut tenir pour certain qu'elle a continué pendant la période légale de la conception la vie de débauche qu'elle menait auparavant. Peu importe, qu'en fait, sa conduite ait été régulière ou non. D'ailleurs, on prononce la déchéance de l'action contre une femme dont le mariage a été dissous pour cause d'adultère, ou qui a été condamnée à une peine criminelle ou correctionnelle. Quel rapport y a-t-il entre ces faits et la paternité du défendeur ? Il est donc indéniable que si la demande était rejetée, même avant tout examen du fond du procès, ce n'était point parce qu'on croyait impossible de déterminer avec certitude la paternité de l'enfant, mais bien parce qu'on voulait frapper d'indignité la mère et lui retirer d'office l'exercice de l'action, de peur qu'elle n'en usât dans un but de scandale et de chantage.

Au contraire, un tel système est repoussé par le législateur moderne (1). Guidé par l'intérêt de l'enfant et répugnant à l'idée de refuser le bénéfice de la loi à une personne, si indigne soit-elle, il accueille indistinctement toutes les demandes, d'où qu'elles émanent. Mais, afin de ne pas s'exposer à condamner un innocent, il permet l'usage de l'exception d'inconduite, à condition que cette inconduite ait précisément eu lieu au cours de la période légale de la conception et eût, de la sorte, semé le doute sur la filiation de l'enfant. Si, par contre, la demanderesse, quelle que soit sa vie antérieure, n'a eu de relations qu'avec le seul

« dass gegen eine Person, welche geschlechtlich lasziv ist, die Vermutung spricht, dass sie den Vater ihres Kindes mit irgendwelcher Bestimmtheit nicht angeben könne ». *Zeitsch. des Berner Juristenvereins*, XXIV, p. 234.

(1) Au cours du grand débat qui eut lieu au Sénat français sur ce point, ce sont ces deux conceptions différentes de l'exception d'inconduite qui ont été discutées. Est-ce une mesure de défaveur prise contre la courtisane, la prostituée, ou est-ce un simple moyen de défense que peut invoquer le défendeur pour repousser une paternité qui, à raison de l'inconduite de la mère pendant la période légale de la conception, ne peut lui être attribuée avec certitude ?

défendeur pendant la période critique, s'il apparaît à l'évidence que celui-ci est réellement le père de l'enfant, pourquoi rejeter l'action, pourquoi se refuser à reconnaître la vérité ? La demanderesse doit triompher, *quel qu'ait été son passé, quelle qu'ait été son indignité, quelles qu'aient été ses fautes*. Ce qui domine, c'est l'intérêt de l'enfant, les tares de la mère ne peuvent effacer les droits de l'être innocent qu'elle a mis au monde. Ainsi, l'exception d'inconduite n'est que le corollaire nécessaire de l'exception d'infidélité. Elles sont inspirées par un même esprit ; elles sont dirigées vers un même but. Mais l'exception d'infidélité est plus étroite en ce sens qu'elle exige la preuve d'un fait précis, d'une cohabitation déterminée qui a pu être accidentelle ; tandis que l'exception d'inconduite consiste à invoquer, d'une manière générale, la vie licencieuse que mène habituellement la demanderesse au vu et au su de tous. Le principe, sur lequel repose dans les législations modernes cette dernière exception, a été parfaitement mis en lumière par le texte suivant, qui était celui de l'article 330 du projet du Conseil fédéral suisse : « Si la mère a mené une vie dissolue (unzüchtiger Lebenswandel) à l'époque de la conception, l'action en paternité doit être rejetée. Par l'expression « vie dissolue », il convient d'entendre un ensemble de circonstances de nature à faire présumer, à juste titre, qu'un autre que le défendeur pourrait être le père de l'enfant » (1).

(1) Voy. texte de la loi française (alinéa 8). Cf. Rapport au Sénat, 1908, n° 369, p. 34-35. — Rapport à la Chambre, 1911, p. 41. — Sénat, Déb., *J. Off.*, 17 juin 1910, pp. 1519 et suiv., 12 nov. 1910, p. 1735 et suiv. — Cf. art. 340 d de la loi belge. — Galopin, *op. cit.*, n° 25, p. 24. — Voy. art. 315 du C. C. suisse. — Egger, ad. art. 315, note 2 a. — Peyer, *op. cit.*, p. 113, 114. — Leiszner, *Die rechtliche Stellung des ausserhelichen Kindes nach dem deutschen B. G. B. und dem schw. Z. G. B.*, p. 21. — Mohr, *op. cit.*, pp. 99, 100. — Rossel et Mentha, t. I, p. 379. — Cf. jugts de Rochefort, 6 mai 1913. D. 1913., 2-335. — Dijon, 29 déc. 1913, D. 1913, 2-359. — Besançon, 23 déc. 1913. *Gaz. Pal.*, 1914, 1-136. — Tunis, 10 mars 1914. *Gaz. Trib.*, 25 avril 1914.



Ayant ainsi déterminé la position du législateur moderne, il nous faut maintenant, avant de l'examiner en détail, la critiquer et l'apprécier. Il ne suffit pas de marquer les étapes d'une façon objective ; il faut aussi peser les arguments et juger les tendances.

La conception primitive de l'exception d'inconduite présentait ce très grand avantage d'écarter tous les risques de chantage et de scandale. La courtisane, s'étant mise hors la société, doit rester hors la loi. La raison pure nous dit que c'est là une injustice. Mais l'expérience de la vie nous recommande la prudence. Elle nous apprend, par des exemples journaliers et très pénibles, que ces femmes sans pudeur se sont fait une spécialité du chantage, et pratiquent l'art d'attirer les naïfs dans des pièges habilement tendus. Ne redoutant ni les condamnations des tribunaux, ni les verdicts de l'opinion, elles se font un titre de gloire de leur débauche et de leurs désordres, elles tirent vanité de leurs hontes et de leurs turpitudes. Les procès ne les effraient pas ; car elles sont les filles perdues, les filles sans honneur. Poussées par d'impérieux besoins d'argent, afin de satisfaire leurs caprices et leurs goûts de luxe, elles savent abuser de la passion qu'elles inspirent, de ce sentiment de sottise vanité qu'éprouvent leurs amants à les afficher en public, parées des toilettes les plus riches et des bijoux les plus précieux. Quand l'une de ces femmes aura la fantaisie de vouloir faire « chanter » le naïf jeune homme qu'elle aura pris dans ses filets ; quand elle croira l'heure venue de se faire une situation, elle accomplira, en compagnie de celui-ci, une période d'honnêteté relative de quatre mois, dans l'intention d'avoir un enfant. Et alors, forte de son droit, invoquant la loi, elle mettra sa victime en demeure de s'exécuter sous la menace d'un épouvantable procès. Cette menace ne sera pas vaine. Car la famille du jeune homme cherchera à éviter, à tout prix, le scandale. Quand bien même elle

aurait la certitude et la preuve que la demanderesse a continué à vivre dans la débauche, pendant la période critique, quand même elle aurait l'assurance de triompher, la famille préférera donner la forte somme qu'on exige d'elle, plutôt que de voir son nom, son honneur attaqué, sali par d'infâmes calomnies, plutôt que de remuer toute cette boue qui l'éclabousserait et la souillerait, plutôt que d'exposer l'avenir de leur fils à être compromis, brisé peut-être par ce procès scandaleux. Pour l'éviter, la famille est prête à tous les sacrifices d'argent, elle accédera à toutes les exigences de la demanderesse, elle se soumettra à toutes ses volontés, à tous ses caprices. Et il en sera toujours ainsi, chaque fois que des personnes honorables seront en butte aux attaques des filles perdues. Car l'une des parties a placé son honneur au-dessus des intérêts pécuniaires; chez l'autre le sentiment de l'honneur a depuis longtemps disparu; l'argent est devenu l'unique mobile de toutes ses actions. Quelles que soient les mesures de précautions prises contre le chantage, celui-ci s'exercera fatalement si l'on confie à la courtisane, à la prostituée une action aussi grave, aussi grosse de conséquences qu'une action en recherche de paternité. « Ce « qui est à craindre, disait au Sénat français M. de La-
« marzelle qui plaida éloquemment la cause de la famille,
« ce n'est pas ce que sera, ce que pourra être le procès,
« ce qu'on y prouvera ou ce qu'on n'y prouvera pas; le
« danger, c'est la menace pour la famille du procès..... »
Si l'on persiste à permettre à tous l'exercice de l'action, on aura ainsi réalisé « le plus beau nid d'oiseaux chan-
« teurs que jamais agence interlope ait pu rêver pour se
« livrer à ses spéculations ! (1) ».

Mais, d'autre part, il est pénible et injuste de mettre

(1) Voy. de Lamarzelle, Sénat, Déb.. *J. Off.*, 10 nov. 1910, p. 1737-1738.— Cf. *J. Off.*, 17 juin 1910, p. 1520-1521.— M. de Lamarzelle proposait de refuser en principe l'action en paternité à la prostituée, sauf à la lui accorder quand elle le serait devenue à la suite de la séduction et de l'abandon. *J. Off.*, 10 nov. 1910, p. 1735.— Voy. Félix Martin, Sénat, *J. Off.*, 11 nov. 1910, p. 1729, col 1.

quelqu'un hors la loi, de prononcer des indignités légales contre tel ou tel individu. En voulant frapper la mère coupable, on atteint l'enfant innocent; on retire aussi à celle-là tout espoir de réhabilitation. Parce qu'une femme se sera livrée à la plus honteuse débauche, parce qu'elle sera tombée au dernier degré de la dégradation, faut-il la condamner à la damnation éternelle ? On en a vu plus d'une qui s'était relevée de cette chute qui n'était pas irrémédiable. Au fond de cette âme avilie, souillée, il subsiste parfois encore un je ne sais quoi de généreux et de pur qui peut soudain se développer et grandir, il brille encore faiblement une petite étincelle de vie morale qui couve sous les ruines ; elle attend l'occasion de se révéler, de dissiper les ténèbres, de devenir la vive lumière qui purifiera et illuminera cette âme régénérée. Trop souvent l'occasion ne vient pas ; et la lueur vacillante s'éteint à jamais... Mais parfois aussi, le miracle se produit : il est réalisé par un homme qui a su découvrir et développer les vestiges d'un sens moral qui n'avait pas encore tout à fait disparu. Et cette femme se relève, parce qu'elle a été touchée, pénétrée par l'amour, par l'amour noble et généreux. D'autres fois aussi, l'occasion se présente sous les traits de l'enfant : c'est encore lui, ce puissant magicien qui, par sa faiblesse et son innocence, peut faire les choses les plus grandes et les plus belles. L'amour maternel saura réveiller dans l'âme ravagée de la fille, la conscience endormie de la mère ; il saura trouver et créer, s'il le faut, dans ce cœur, qui n'a battu que pour le plaisir et la jouissance, les ferments du plus noble courage et du plus admirable dévouement. Qu'importe la vie passée de cette femme : elle a été la prostituée, la fille publique. Mais son effort de réhabilitation est d'autant plus méritoire que sa chute avait été plus effroyable. Il lui faut rompre avec ses habitudes de débauche, renier son honteux passé, lutter contre les sollicitations, lutter contre elle-même, contre ses passions et ses vices. Peut-on méconnaître la grandeur de cet acte de repentir, de relèvement moral, peut-on repousser la malheureuse qui est tombée dans l'abîme et qui appelle au secours, peut-on lui retirer brutalement la su-

prême chance de salut vers laquelle elle tend désespérément les bras? Mais peut-être, n'ayant pas eu l'énergie nécessaire pour soutenir cet effort pénible, est-elle redevenue aujourd'hui, après une période d'honnêteté, ce qu'elle était auparavant. Qu'importe! Si elle est restée fidèle, pendant un temps assez long, pour qu'on puisse attribuer avec certitude à un homme la paternité de l'enfant, cet acte de justice s'impose. — Et puis, songeons aussi à ce cas douloureux de la pauvre fille, jusque-là irréprochable, qui a été séduite, par quelque homme infâme qui s'est enfui dès les premiers symptômes de la grossesse, par un patron qui s'est débarrassé de cette ouvrière désormais inutile et compromettante. Jetée à la rue par sa famille, raillée par ses amies, elle s'est trouvée toute seule, avec sa honte, et son désespoir, repoussée de toutes parts par une société qui glorifie les séducteurs et accable les filles abusées. Puis la misère est venue, et avec elle la douleur, la souffrance. L'enfant pleure, il crie, il a faim... Alors affolée, la malheureuse mère s'est précipitée vers le gouffre béant de la prostitution; elle a glissé insensiblement sur la pente fatale, et elle est ainsi tombée dans les derniers bas-fonds. Selon la forte expression de M. Legouvé, elle a dû vendre son corps pour nourrir le fruit de son corps. Est-il juste, est-il humain de fermer la porte du prétoire à cette femme, trompée, jetée dans la débauche par un misérable qui sortirait indemne de cette aventure, et pourrait, à son aise, faire de nouvelles victimes? Si la mère est restée fidèle pendant le temps nécessaire, on ne saurait priver l'enfant du droit de faire déclarer la paternité certaine du séducteur, et la mère de celui de faire supporter à ce dernier sa part de responsabilité. Ainsi on aura donné à l'enfant un père et arraché une femme à la prostitution (1).

Les raisons que l'on invoque dans l'un et l'autre sens sont également fortes et touchantes. Et, après les avoir en-

(1) Voy. l'éloquent discours de M. Bérenger, Sénat, Déb. *J. off.*, 17 juin 1910, pp. 1520-1521.

tendues, on reste hésitant, balancé entre le désir de servir la cause de l'enfant et celui de protéger le défendeur contre toute manœuvre de chantage. C'est qu'en effet, sur ce point comme sur tant d'autres, l'intérêt de l'enfant ne s'identifie pas avec celui de la société; ils sont même violemment opposés. Le premier réclame que dans tous les cas, il soit fait droit à sa demande. La société exige l'ordre, la sécurité, la paix. Il s'agit de savoir s'il est préférable de se dévouer pour le bien-être de quelques personnes au risque de compromettre l'unité et la prospérité de la société entière, ou s'il faut assurer efficacement la défense du groupe familial, qui est l'élément social par excellence, au risque de léser les intérêts d'un individu. C'est une des manifestations du conflit entre la conception individualiste et la conception sociale du droit. Or, peut-on nier le caractère exceptionnel du fait prévu par le législateur moderne : la fidélité de la fille de plaisir, le relèvement de la prostituée? Certes ces hypothèses ne sont pas tout à fait chimériques; elles se réalisent parfois. Il faut le reconnaître, mais il faut avouer aussi, que ce sont là des événements si rares, si anormaux pourrait-on dire, qu'on peut se demander s'il est légitime que le législateur les prévoie, surtout quand il peut en résulter un grave danger social. L'auteur de la *Dame aux Camélias* ne nous prévient-il pas, — et c'était inutile, — que l'histoire de Marguerite Gautier est une exception et que, si c'eût été une généralité, ce n'eût pas été la peine de l'écrire ? (1) Mais les principes et le but du législateur différent de ceux du romancier. Celui-ci recherche les situations intéressantes, saisissantes, les curiosités sociales. L'autre doit s'attacher à poser des règles, en vue des cas normaux, en faveur de l'élément dominant de la société, c'est-à-dire de l'élément sain. Son rôle et son devoir est de le défendre et de le protéger sans faiblesse. Quelqu'un a dit au cours des débats au Sénat français : « Ce n'est pas en vue des exceptions qu'il faut légiférer, mais en vue de la généralité ». Et ce qui est certain, ce qui est vrai, c'est que les courtisanes pratiquent habituelle-

(1) Alex. Dumas, *La Dame aux Camélias*, page 299.

ment le chantage et que, menant une vie scandaleuse, elles se plaisent dans les scandales. Si touchant que soit l'intérêt de l'enfant, si louable que soit l'acte de la prostituée qui cherche à se réhabiliter, le devoir du législateur consiste avant tout à sauvegarder la dignité des familles honorables, il lui faut empêcher qu'un patrimoine d'honneur, pieusement conservé et transmis de génération en génération puisse être attaqué et ruiné en un instant, par une femme sans pudeur et sans retenue; il ne faut pas que l'avenir de leurs fils soit à la merci des manœuvres les plus perfides et les plus éhontées. Et puis, est-il bien dans le rôle du législateur de scruter les consciences, de provoquer les repentirs et de relever les misérables? Peut-il faire sienne la maxime célèbre de l'Evangile : Il y aura plus de joie au ciel pour le repentir d'un seul pécheur, qu'il n'y en aura pour l'entrée de dix justes? Généreux idéal qui est celui-là même de la morale chrétienne, mais qui ne saurait être celui d'un législateur, soucieux des intérêts vitaux de la société; car il court le risque terrible, en voulant sauver le pécheur, de perdre les dix justes, et peut-être davantage. Non, la loi civile ne saurait traiter avec fruit ces délicates questions de morale qui sont d'un autre ordre, et dépendent d'un autre ressort; quand elle s'obstine à les résoudre, elle édicte dans un but très louable, très noble des prescriptions qui, trop habilement interprétées, produisent des résultats désastreux. Encore une fois, c'est en faveur de la généralité qu'il faut légiférer, c'est en faveur des hommes de bien qui constituent l'élément sain et vigoureux de la société. Ce peut être une erreur néfaste de leur préférer les misérables, et de sacrifier les uns au salut très improbable de ces derniers. Le relèvement de dix prostituées ne compensera jamais dans une société la ruine d'une seule famille d'honnêtes gens. Il nous revient à la pensée, à propos de cette question, une belle page de Paul Bourget. Elle est détachée de son livre célèbre : *Un Divorce*. Elle a été écrite, au sujet des ménages désunis, où la vie est devenue intolérable. Je ne crois pas en faire une adaptation fausse, en l'appliquant à notre cas, à celui de la courtisane qui reste fidèle à son

amant, qui devient une honnête femme. Notre hypothèse est certes beaucoup moins fréquente encore que celle qui suggéra au grand romancier cette troublante comparaison : « Un bateau se trouve devant un port, où l'un des « passagers voudrait aborder. Il y va pour lui des plus « hauts intérêts moraux et matériels, de revoir un père « mourant par exemple, d'assister à un procès, d'où dépend l'avenir des siens. Que sais-je?... Des cas de peste « se sont produits sur le bateau. Les autorités de la ville « interdisent le débarquement, par crainte de la contagion. « Serait-il juste, serait-il charitable de céder aux supplications du voyageur, au risque de contaminer une cité « de cent mille habitants? Evidemment non. Voilà donc « une circonstance où la justice, où la charité exigent le « sacrifice de l'intérêt individuel à l'intérêt général. Ce « principe domine la société. Entre deux mesures, dont « l'une est certainement utile à l'ensemble, et pénible à « tel individu, l'autre agréable à cet individu, et nuisible « à l'ensemble, la justice et la charité veulent que la première prédomine. C'est la question qu'il faut se poser, « à propos de toute institution, pour en mesurer la valeur... Réglementer la société, en vue d'une minorité de « dégénérés probables, c'est chercher sa forme dans ce « qui doit être son déchet. Vous appelez cela un progrès. « La Science l'appelle une régression » (1).

**

Après cette digression un peu longue, mais à notre avis nécessaire, revenons au droit positif. Nous avons déjà dit que nombre de législations modernes ont voulu parer aux inconvénients de l'*exceptio plurium*, en la décomposant en deux moyens de défense : l'exception d'infidélité et l'exception d'inconduite. Nous avons également mis en lumière leurs ressemblances et leurs différences. Quand le défendeur invoque la première, il est tenu de désigner nominalement l'autre concubin; quand il invoque la se-

(1) Paul Bourget, *Un divorce*, pp. 26 et 27.

conde, il se contente d'opposer, d'une façon générale, à la demanderesse, sa vie de débauche. Mais dans les deux cas, l'exception n'a de valeur que si les faits allégués par le défendeur se placent au cours de la période légale de la conception. Il ne peut y avoir doute sur la filiation de l'enfant, que si la mère a cohabité avec plusieurs hommes, pendant la période critique, la seule intéressante. Peu importe sa vie passée, peu importe sa conduite actuelle. La femme n'est frappée d'aucune indignité. Telle est la solution communément admise par les législations modernes. Ainsi, pour éviter toute équivoque, on a pris soin de substituer, dans le texte de la loi française, à la phrase : « si la mère *est* d'une conduite notoire », la rédaction plus précise : « si la mère *était*... » (1).

Mais le point le plus délicat consiste à savoir ce qu'il faut entendre par l'expression « inconduite ». Il y a des mots qui se comprennent d'eux-mêmes, et dont il est très difficile de donner une définition satisfaisante. Or, pour appliquer un texte juridique, il est impossible de rester dans le vague et l'imprécision. C'est précisément parce que cette notion a paru équivoque au législateur allemand que celui-ci a renoncé à sanctionner dans le Code civil allemand l'exception d'inconduite (*Einwand der Bescholtenheit*) qui avait été admise par la loi prussienne de 1854. Il lui reprochait d'offrir au défendeur un moyen trop facile de se soustraire à ses obligations, et une occasion de calommier la demanderesse (2). Il s'agit donc de préciser cette expression.

Nous ne trouvons aucun essai de ce genre, dans la plupart des travaux préparatoires des lois modernes. On relève seulement au Sénat français cette phrase, d'ailleurs assez heureuse : « Ce terme a le sens de possession d'état

(1) Cf. Girard, Garde des Sceaux, Sénat, Déb. *J. off.*, 17 juin 1910, p. 1517. — Guillier, rapp., p. 1518, 2^e col. Comp. législations citées à la page 285 note 1.

(2) Voy. Mantey, *Die Rechte des unehelichen Kindes und seiner Mutter nach dem bürgerlichen Gesetzbuche*, p. 11. — On constate d'ailleurs que dans les pays où l'exception d'inconduite est permise, il en est

d'une femme « débauchée » (1). Ceci nous suffit pour constater que c'est l'inconduite au point de vue sexuel qui est visée par le législateur, et qu'elle doit présenter un certain caractère de notoriété. Le type de la femme en question, c'est la courtisane, la prostituée, la fille publique. Nous trouvons en Belgique des déclarations dans le même sens, mais aussi fugitives (2). Au contraire, ce sujet a particulièrement inquiété le législateur fédéral, et il s'est appliqué à le traiter avec soin. En effet, il se trouvait en présence des Codes cantonaux, qui avaient prévu avec un extraordinaire luxe de détails, une foule d'hypothèses, dans lesquelles l'action de la demanderesse devait être rejetée. Comprenant l'infériorité de la méthode d'énumération au point de vue législatif, il renonça à dresser des faits constitutifs de l'inconduite une liste nécessairement arbitraire et incomplète. Il se mit donc à la recherche de la formule générale qui englobât tous les cas particuliers, prévus par les législations cantonales, et permit ainsi de ne contrarier aucune coutume, aucun usage invétéré. Il fallait aussi trouver un moyen de défense qui offrît autant d'avantages que l'*exceptio plurium* sans présenter les mêmes inconvénients, ni prêter aux mêmes abus (3). Il crut découvrir la solution de ce difficile problème, dans la formule générale de l'article 314 : « Cette présomption cesse « si des faits établis permettent d'élever des doutes sérieux sur la paternité du défendeur ». Mais le législateur fédéral sentit le besoin de préciser sa pensée, en consacrant expressément l'exception d'inconduite : « L'action, « dit l'article 315, est rejetée, lorsque la mère vivait dans

souvent fait abus ; le défendeur l'invoque parfois, sans motifs sérieux. Voy. page 259-260. Il est vrai que le juge apprécie souverainement la valeur des faits allégués.

(1) Grosjean, Sénat, Déb., *J. off.*, 17 juin 1910, p. 1517, 3^e col.

(2) Vandervelde, Chambre belge, 1906, n^o 64, p. 75, 2^e col.

(3) Ce souci a été prépondérant dans l'esprit du législateur fédéral qui a été très impressionné par les mauvais résultats donnés par l'*exceptio plurium*. Cf. Huber, *Exp. des Motifs*, I, p. 228, seq. *Com. Exp.* I et II, 386. — Comp. Rapport au Sénat belge, n^o 108, p. 129.

« l'inconduite, à l'époque de la conception ». Que signifie exactement le terme inconduite « unzüchtiger Lebenswandel » — « condotta scostumata » ?

Le projet du Conseil fédéral avait esquissé une définition, que nous avons déjà eu l'occasion de citer. « L'exception de mauvaise vie, disait l'article 330, doit être accueillie, lorsque la conduite permet de supposer, à bon droit, que le père de l'enfant pourrait être un autre que le défendeur (1) ». Cette phrase ne figure pas dans la rédaction actuelle du Code civil suisse. On a jugé inutile une telle déclaration, mais elle constitue cependant une manière de commentaire légal et garde toute sa valeur d'interprétation. Il ressort notamment de cette disposition, que c'est l'inconduite au point de vue *sexuel* que le législateur a voulu viser. Elle seule est à considérer en matière de recherche de paternité, car si elle est prouvée, elle enlève à l'action toute chance de succès. De graves défauts tels que l'ivrognerie, le vagabondage ne suffiraient pas à justifier l'exception; car ils n'impliquent pas nécessairement des désordres sexuels (2). Et même il faut décider qu'une condamnation pour attentat à la pudeur ne pourrait être relevée avec profit par le défendeur, pour établir l'inconduite notoire de la mère (3). Il s'agit donc, uniquement, de relations charnelles susceptibles d'entraîner la conception. Ces relations doivent avoir été habituelles; un seul fait ne constitue pas un état. L'art. 315 ne vise pas d'ailleurs exclusivement les prostituées, mais toute femme de mœurs déréglées (unzüchtig), de conduite immorale (unsittlich) (4). On trouve dans un arrêt du tribunal de Fribourg, une définition assez satisfaisante de l'inconduite. « La vie dissolue, dit-on, ne peut résulter que d'un *ensemble* de faits, d'une série d'actes immo-

(1) Art. 330, 2^e al. du projet du Cons. fédéral. — *Com. Exp.*, p. 386.

(2) Rossel et Menthha, T. I, p. 379. — Egger, ad art. 315, note 2 b. Tous les législateurs sont d'accord sur ce point. — Curti Forrer, ad art. 315, note 2.

(3) Mohr, *op. cit.*, p. 99.

(4) Peyer, *op. cit.*, p. 116.

« raux bien établis..., d'une cohabitation relativement fréquente (1) ».

Par contre, on ne saurait à l'instar de certains Codes cantonaux, trouver le critère de la vie dissolue dans le fait que la mère avait des relations avec un homme marié, ou encore, qu'elle recevait de l'argent, en échange de ses faveurs (2). Dans le premier cas, on protège un homme indigne ; dans le second, on peut se tromper sur la signification du geste de celui qui donne. Sans doute, il y a la fille publique, qui fait métier de la prostitution. Mais il y a aussi la concubine, la maîtresse qui reçoit de l'argent et des cadeaux. Or, l'état de concubinage (3) nécessite les mêmes relations que l'état de mariage : il en a souvent toutes les apparences. La concubine reçoit de son amant les sommes indispensables à l'entretien du ménage et aux dépenses journalières de la vie commune ; elle est même parfois en condition chez son maître, et touche des gages en rémunération de ses services domestiques. Or, ces femmes, bien qu'étant dans une situation irrégulière, ne sont pas nécessairement des filles publiques, qui se donnent au premier venu ; elles peuvent même faire preuve d'une fidélité plus grande que certaines femmes légitimes. Comme le disaient les Romains, c'est le fait « quod sit meretrix » et non le fait « quod pecuniam accepisset cum sit meretrix » (4) qui imprime à la conduite de la mère le sceau de l'immoralité.

Ainsi, le législateur fédéral n'a fait que poser le principe de l'exception ; il s'en est remis à la jurisprudence, du soin d'appliquer avec tact et discernement la disposition de l'article 315 et d'en faire une adaptation équitable aux

(1) Cité par de Buman, *op. cit.*, p. 95. Cf. Curti Forrer, ad art. 315, note 2.

(2) Peyci, *op. cit.*, p. 115. Cf. sur cette intéressante question un jugement du tribunal de Genève confirmé par le tribunal fédéral, A. E. 20, p. 992.

(3) Le fait de vivre en concubinage ne saurait être retenu comme constituant la vie d'inconduite. Cf. Mohr, *op. cit.*, p. 100.

(4) L. 4. § 3. *De conditione ob turpem vel injustam causam*, 12, 5.

circonstances de chaque espèce. Le juge a donc la tâche d'apprécier librement la moralité de la mère et de se faire une opinion, d'après les faits de la cause, les usages et les lieux (1). Le rédacteur du Code civil suisse, M. Huber, a lui-même recommandé d'interpréter très largement la formule de la loi (2). Il ne suffit plus, comme le décidaient nombre de législations cantonales, que le défendeur apporte la preuve de certains faits déterminés, tels que la vie licencieuse de la mère, pendant les deux dernières années, une condamnation encourue par elle pour adultère ou outrages à la pudeur, naissance antérieure d'enfants naturels, etc... pour que, sans examen plus ample, le juge conclue à l'inconduite de la femme et la déboute de sa demande. C'est précisément cette ancienne conception de l'exception d'inconduite qui a été abandonnée par le législateur moderne. Mais il est non moins certain, que si les faits que nous venons de citer ne suffisent pas à fonder, à eux seuls, le reproche d'immoralité, ils doivent être pris en considération par le juge, et concourir à former sa conviction. Ainsi, la formule du Code civil suisse est particulièrement heureuse; car en permettant de tenir compte, dans une certaine mesure, des usages et des habitudes invétérés des coutumes locales, sa généralité et sa souplesse commandent une interprétation large des textes, une appréciation équitable des circonstances de chaque espèce. Le juge jouit d'un pouvoir souverain. « Et alors, dit M. Huber, qu'il chercherait dans le niveau moral de la contrée un élément d'appréciation, nous n'y trouvons rien à redire, puisque aussi bien, il se servirait de la mesure qui seule peut garantir, en cette matière, une jurisprudence équitable (3) ».

On ne peut qu'applaudir à ces solutions libérales; mais aussi, ne semble-t-il pas que le législateur fédéral a fait revivre les vieilles législations cantonales, ou plutôt n'a pas

(1) Curti Forrer, ad art. 315 note 2.

(2) Huber, *Exp. des Motifs*, pp. 229-230.

(3) Voy. Huber, *Exp. des Motifs*, pp. 229, 230.

su, ou n'a pas pu se débarrasser complètement de la conception première de l'exception d'inconduite, de l'idée de punition et d'indignité de la mère. Il serait très facile de le montrer. D'abord, il fait la part très large aux coutumes locales ; il invite les juges à tenir compte de leurs dispositions, pour se faire une conviction ; il les engage à examiner avec soin les circonstances de l'affaire. il attire leur attention sur des faits qui n'ont aucun rapport avec la fidélité de la mère, tels que la différence d'âge ou de situation sociale entre les deux amants (1), la connaissance qu'avait la mère de l'état de mariage où se trouvait son amant. On lit enfin, dans l'*Exposé des Motifs*, entre plusieurs passages très significatifs, cette phrase troublante : « On décidera, d'après la règle, si la cohabitation « avec plusieurs doit être envisagée comme une *cause de* « *déchéance* (2) ».

(1) Voy. Huber, *Exp. des Motifs*, pp. 229-230.

(2) *Exp. des Motifs*, loc. cit. — On trouve également sous la plume de MM. Rossel et Mentha cette déclaration équivoque : « Même si la paternité pouvait être établie avec un degré suffisant de vraisemblance, l'exception de mauvaise vie entraînerait la perte du procès pour la mère et l'enfant ». T. I, p. 379. — Comp. Peyer, *op. cit.*, p. 113. Zurcher au Conseil National, *Bull.* 1905, p. 830. — Egger, ad art. 315, note 2 a. Tantôt, chez ces auteurs, l'exception d'inconduite apparaît comme étant de même nature que l'exception d'infidélité ; tantôt elle est, comme dans les législations cantonales, une mesure de rigueur et de défiance, prise à l'égard de la mère. Et d'ailleurs, bien que nous ayons mainte fois insisté sur les différences essentielles qui distinguent l'exception d'inconduite de l'exception d'infidélité, on peut dire, d'une façon générale, que la première est implicitement contenue dans la seconde. Au point de vue de la recherche de la paternité, seule l'infidélité de la mère, c'est-à-dire le commerce avec plus d'un homme, pendant la période légale de la conception, s'oppose à ce que la paternité de l'enfant puisse être attribuée avec certitude ; en elle-même l'inconduite de la femme n'a rien à voir avec la question. « Vor allem « wird man sich aber stets die Frage stellen müssen, *was dannin aller* « *Welt die Würdigkeit und der gute Ruf der Mutter mit der Frage nach* « *der Existenz der ausserhehlichen Verwandtschaft zwischen Kind und Konkumbent zu tun habe* ». (Peyer, *op. cit.*, p. 113). Bien qu'elle soit aujourd'hui exclusivement restreinte à la période légale de la conception,

Quoi qu'il en soit, il faut retenir de ce développement, qu'au moins dans le Code civil suisse, les moyens de défense du père prétendu n'ont pas été limitativement énumérés. Il peut invoquer tous les faits, qui sont de nature à rendre suspectes les allégations de la demanderesse et à semer le doute sur la filiation de l'enfant. D'ailleurs, il est bien certain, que dans toutes les législations, le juge, ayant un libre pouvoir d'appréciation des faits invoqués à l'appui de la demande, et n'étant jamais contraint de déclarer la paternité du défendeur, peut tenir compte, pour se faire une conviction, de la vie passée de la mère, de la réputation dont elle jouit, de ses allures et de son attitude. Il peut ainsi estimer à leur juste valeur, les garanties de sincérité, de véracité, et aussi de fidélité qu'offre la demanderesse ; il est incontestable que le tribunal hésitera toujours à attribuer à un homme la paternité de l'enfant d'une prostituée, quand bien même celle-ci aurait mené une vie régulière, pendant la période critique. On a contre elle une prévention, peut-être injuste, mais en fait irrésistible. C'est ainsi que nous voyons, à tout instant, renaître fatalement, nécessairement, la vieille conception de l'exception d'inconduite comme exception d'indignité, dirigée contre la courtisane. Et peut-être, comme nous le constatons en note, est-ce parce que cette conception est inséparable de l'institution elle-même.

Mais si le juge peut indirectement tenir compte des faits que nous citons, le défendeur ne peut du moins les opposer à *titre d'exception* (1). Cette distinction n'a pas un intérêt purement théorique ; ce n'est pas une simple question de procédure. En effet, les exceptions autorisées par la loi, ont un effet particulièrement énergique. Tandis que

l'exception d'inconduite apparaît nécessairement comme une disposition exceptionnelle, dirigée contre la fille-mère qui jouit, à tort ou à raison, d'une mauvaise réputation. Il est impossible, à notre avis, d'affranchir totalement cette institution de l'idée d'*indignité* de la demanderesse.

(1) Voy. Rochefort, 6 mai 1913, D. 1913, 2, 335. — Tunis, 10 mars 1914. Gaz. Trib. 25 avril 1914.

le juge est libre d'apprécier à son gré les faits allégués par le demandeur, et d'en tirer la conclusion qui lui paraît juste, les exceptions, quand elles sont prouvées *s'imposent* à lui; elles le lient, et le contraignent à rejeter la demande. Ce n'est pas pour lui une faculté, c'est une *obligation*. Elles constituent donc des moyens de défense péremptoires. Quand le défendeur est parvenu à établir le fait de l'infidélité ou de l'inconduite de la mère, le procès devient sans issue. L'incertitude règne sur la filiation de l'enfant, et, quels que soient les preuves et les faits allégués par le demandeur, il est inutile de poursuivre désormais le débat, car on ne saurait parvenir à une solution d'où le doute se rait exclu. Tous les législateurs reconnaissent aux exceptions d'infidélité et d'inconduite cet effet absolu, et les soustraient à l'appréciation souveraine des tribunaux (1). Tandis que les textes législatifs disent que le juge peut déclarer la paternité, quand le demandeur invoque des faits de séduction, de concubinage, etc., ils disposent de façon catégorique que l'action est irrecevable, ou doit être rejetée lorsque le défendeur apporte la preuve que la mère a eu commerce avec un ou plusieurs individus, autres que lui, pendant la période légale de la conception.

*
**

Ainsi, en dehors des exceptions d'infidélité et d'inconduite, expressément accordées au défendeur et obligatoires pour le juge, il est possible d'alléguer tous les faits qui sont de nature à contredire les prétentions de la demanderesse. Le défendeur, a, en effet, le droit de combattre, par tous moyens, la présomption qui pèse sur lui; et le juge ne peut déclarer la paternité qu'en pleine connaissance de

(1) Voy. texte de la loi française : « L'action en recherche de paternité ne sera pas recevable ». — Cf. Wahl, loc. cit., n° 54, p. 49. — Voy. Galopin, *op. cit.*, n° 25, p. 24. — Comp. art. 314 du C. C. S. : « Diese Vermuthung fällt weg, wenn..... art. 315..... so ist die Klage abzuweisen ».

cause. Le législateur belge a expressément réservé ce droit au défendeur : « Sous réserve des autres moyens de défense... dit l'article 310 *d* ». On range d'ordinaire, au nombre de ces moyens, l'exception d'impossibilité ; le défendeur est admis à prouver que, par suite de son impuissance, de son éloignement, il n'a pu être le père de l'enfant (1) ; il peut également démontrer que la possession d'état invoquée par le demandeur est trompeuse (2). De même, sous la formule large de l'article 314 du Code civil suisse, « cette présomption cesse si des faits établis permettent d'élever des doutes sérieux (erhebliche Zweifel) sur la paternité du défendeur », il est possible de ranger toutes les circonstances (circonstanze-Tatsachen) qui sont de nature à faire naître le doute dans l'esprit du juge. Nous avons déjà vu que l'*exceptio plurium* et l'exception d'impossibilité étaient comprises dans cette disposition. Mais on propose même d'y faire rentrer toutes les exceptions admises dans les législations cantonales. L'éminent rédacteur de l'*Exposé des Motifs* ne semble pas, d'ailleurs, s'être jamais opposé à cette interprétation ; il a bien plutôt donné lui-même le mot d'ordre (3). Aussi, M. Curti Forrer, dans son récent commentaire du Code civil suisse, n'hésite pas à déclarer « que le défendeur peut faire état de la manière de se conduire de la demanderesse et même de tierces personnes, de simples explications, même d'une simple omission de la part de la mère, si elle se tait dans des circonstances qui exigeraient absolument une réponse, si on lui reprochait d'avoir eu, pendant la période critique, des relations avec un autre homme » (4). Mais voici d'autres exemples : le défendeur prouve que la mère menait, pendant la période critique, une vie méprisante et qui laisse supposer des relations avec un autre homme, il prouve

(1) Galopin, *op. et loc. cit.*

(2) Leclercq, *op. cit.*, n° 24, p. XXV. — Cf. Van den Heuvel Chambre 1906, n° 22. p. 24, 2^e col. — Renkin, min. de la justice, Cahmbre, 1907, n° 256, 257, 258, p. 232.

(3) Voy. Huber, *Exp. des Motifs* I, pp. 229-230.

(4) Curti Forrer, ad art. 314, note 9.

qu'elle s'absentait, pendant la nuit, sans raisons plausibles; la mère a indiqué, auparavant, un autre homme, comme l'auteur de sa grossesse, et a même essayé de lui faire un procès en justice; l'enfant montre les signes extérieurs d'une autre race; le degré de développement (Reifegrad) de l'enfant ne concorde pas avec la date des relations intimes et celle de la naissance, etc... Il va de soi qu'il ne suffirait pas de simples soupçons; il faut des faits concluants et bien établis (1). Enfin, ils ne s'imposent pas au juge et sont soumis à sa souveraine appréciation. C'est principalement en cela que se différencient les simples moyens de défense et les exceptions proprement dites qui sont préremptaires.

La même solution doit être admise relativement à la loi française. Sans doute, la loi ne mentionne que l'exception d'inconduite et l'exception d'infidélité, et cette énumération est certainement limitative. Mais si ce sont là les seules exceptions que puisse opposer le défendeur, elles ne constituent pas exclusivement tous ses moyens de défense. La paternité *peut* être judiciairement déclarée, dit le texte; par conséquent, le défendeur peut alléguer tous les faits qui combattent la présomption de paternité. Toutes les voies de droit et tous les modes de preuve lui sont largement permis. Cependant, on serait tenté — et les auteurs de la loi n'ont pas toujours répudié cette idée — de faire un rapprochement fâcheux entre l'action en recherche de paternité et l'action en désaveu d'enfant légitime (2). On sait que, dans ce dernier cas, les faits susceptibles de donner lieu au désaveu sont limitativement indiqués par le Code. Les fins de non-recevoir, prévues par la loi du 16 novembre 1912, ne seraient donc que des « désaveux retournés » (3). Mais, si séduisante qu'elle paraisse, l'assimilation est fautive. Les règles de la filiation légitime ne sont pas les mêmes que celles qui régissent la filiation naturelle et la

(1) Egger, ad art. 314, note 2 c. — Curti Forrer, ad art. 314, notée II et 12.

(2) On a parlé, au cours des débats, de « désaveu d'enfant illégitime ».

(3) Capitiant et Colin, T. I, p. 296.

présomption de paternité de l'article 310 nouveau a une force infiniment moindre que celle de l'article 312 du Code civil. L'une est une présomption absolue, *juris et de jure*, qui ne peut être combattue qu'à titre exceptionnel ; l'autre est une présomption simple, *juris tantum*, qui n'a de valeur qu'autant qu'elle est corroborée et confirmée par les autres faits et circonstances de la cause. La paternité n'est pas automatiquement attribuée au concubin, comme elle l'est au mari ; le juge n'est jamais contraint de la déclarer ; il peut, pour repousser la demande, s'appuyer sur tous les faits qui lui paraissent de nature à la faire rejeter (1), et le moindre doute doit profiter au défendeur. C'est ainsi que le juge devra se montrer plus circonspect, plus exigeant quant à la preuve, si la demanderesse ne jouit pas d'une excellente réputation, si elle paraît légère et de mœurs faciles (2). Il peut aussi tenir compte de l'âge du prétendu père au moment de la conception ; le défendeur était trop jeune ou trop âgé pour pouvoir être vraisemblablement le père de l'enfant.

Mais il convient de remarquer que ces faits ne s'imposent pas au juge ; ils ne sauraient d'office provoquer le rejet de la demande ; ils sont soumis à la libre appréciation des tribunaux ; et surtout ils ne peuvent jouer le rôle de fins de non-recevoir. En effet, dès que l'inconduite ou l'infidélité de la demanderesse est établie, le débat est clos ; il est inutile de le poursuivre, car il est désormais sans issue. Nous étudierons spécialement cet effet très énergique des fins de non-recevoir (3). C'est précisément parce

(1) Dans notre sens, Capitant et Colin, *loc. cit.* — Wahl, *loc. cit.*, n° 59, p. 51. — Mais voy. Sénat, *J. off.*, 17 juin 1910, p. 1516.

(2) Il peut, par exemple, ordonner une enquête sur la moralité de la demanderesse, sur sa vie passée ; mais, encore une fois, le défendeur ne saurait invoquer ces faits, à titre d'*exception péremptoire*, que s'ils sont contemporains de l'époque de la conception. Cette distinction, assez subtile, mais très réelle, a été très bien aperçue par les décisions de la Cour de Dijon, 29 déc. 1913, D. 1913, 2 359, et du tribunal de Tunis, 10 mars 1914, précité. — Mais voy. Rochefort 6 mai 1913, D. 1913, 2, 336.

(3) V. *infra* chapitre sur la « Procédure ».

qu'il leur prêtait un pouvoir aussi considérable, que le législateur a limitativement indiqué les cas dans lesquels l'action serait ainsi paralysée, dès le début de l'instance ; il ne pouvait reconnaître un effet aussi radical à des faits insignifiants et sans importance ; il a sélectionné, parmi tous les motifs susceptibles de combattre la présomption, les circonstances particulièrement graves et pertinentes, qui constitueraient d'insurmontables obstacles à la déclaration de paternité : telles l'inconduite et l'infidélité de la mère, au cours de la période critique. Toutefois, si les fins de non-recevoir sont restrictivement énumérées, les *moyens de défense* ne sont aucunement limités. Ils peuvent être librement invoqués ; le droit commun reprend son empire. Mais ils sont impuissants à enrayer le procès et ils sont souverainement appréciés par le juge. Un exemple concret fera mieux saisir cette distinction assez subtile. On avait songé, au cours des débats, à rendre l'action irrecevable contre un mineur de dix-huit ans (1). On n'a pas admis ce motif d'excuse, mais si on l'eût fait, la demande aurait dû être nécessairement rejetée, dès que la preuve eût été apportée que le défendeur avait moins de dix-huit ans au moment de la conception. Dans l'état actuel des textes, le défendeur peut, sans doute, invoquer cette circonstance (2), mais le juge ne repousse la demande que s'il estime qu'à raison de son jeune âge, le défendeur ne peut être le père de l'enfant ; c'est donc avant tout une question de fait et de libre appréciation.

Bien que la loi française ne mentionne pas, au nombre des fins de non-recevoir, le fait que l'action tendrait à la constatation d'une filiation adultérine ou incestueuse, il ne faut pas hésiter à lui reconnaître ce caractère. L'article 342, dont le principe, loin d'être modifié par la loi de 1912, a été confirmé au cours des débats parlementaires, s'oppose à ce que l'enfant recherche en justice sa filiation, dans les cas où la reconnaissance n'est pas admise. Il est certain que

(1) Voy. séance du 10 juin 1910. J. Goujon et réponse Guillier.

(2) Cf. Wahl, *loc. cit.*, n° 69, pp. 56-57.

dès que cette exception sera soulevée et prouvée, le procès prendra fin, la constatation de la filiation adultérine et incestueuse étant interdite (1). Il convient de remarquer que, sur ce point, la loi nouvelle consacre indirectement un recul sur la jurisprudence antérieure. En effet, la fille-mère pouvait réclamer à un homme marié des dommages-intérêts (2) dans lesquels était souvent comprise une pension alimentaire pour l'enfant ; tandis qu'une action en recherche de paternité ne peut être dirigée contre un homme déjà marié à l'époque de la conception.

D'ailleurs, on sait, qu'en général, la reconnaissance volontaire ou judiciaire des enfants adultérins et incestueux est interdite dans les pays latins. Nous renvoyons sur ce point aux développements que nous avons consacrés à cette importante question (3). Au contraire, les législations appartenant au groupe germanique, ne font aucune distinction entre les enfants naturels ; ils jouissent tous des mêmes droits. Il convient cependant de noter la disposition de l'article 323, deuxième alinéa, du Code civil suisse, qui interdit au juge de déclarer la paternité, quand le défendeur était déjà marié lors de la cohabitation. Mais, c'est uniquement l'action d'état (*Statusklage*) qui est suspendue en ce cas, la condamnation à de simples prestations pécuniaires est toujours possible, même contre un homme marié. Cette solution se rapproche singulièrement de celle de l'article 193 du Code civil italien, qui interdit, en principe, la recherche de la filiation adultérine, mais accorde aux enfants adultérins et incestueux le droit d'obtenir des aliments, quand leur filiation résulte indirectement d'une sentence civile ou pénale, d'un mariage déclaré nul, ou d'une

(1) Voy. Brun, *op. cit.*, p. 110 et suiv. Une fin de non recevoir résulte également de l'expiration du délai imparti à l'action. Voy. *infra*

(2) Caen, 10 juin 1862. D. 62, 2, 129. Cass. 26 juillet 1864, D. 64, 1, 347. S. 65. 1. 33. « Il n'y avait pas, disait l'arrêt, recherche d'une paternité adultérine, mais la condamnation était uniquement fondée sur le préjudice causé et l'engagement pris de le réparer ».

(3) Voy. notre travail : chapitre sur : « Les enfants adultérins et incestueux ».

déclaration expresse et par écrit des parents. Les projets Gianturco et Scialoja (1) ajoutent à ces hypothèses toutes celles où la recherche de la paternité est autorisée. Il y a là un système transactionnel très intéressant.

A part ces exceptions que nous venons d'étudier, et qui sont relatives, soit à l'inconduite ou à l'infidélité passagère de la mère, soit au caractère adultérin ou incestueux de la filiation, soit à l'impossibilité physique de procréation du défendeur, les législations modernes n'en connaissent ordinairement pas d'autres.

Cependant, les législations cantonales de la Suisse, dont nous avons déjà eu l'occasion de constater l'extraordinaire richesse à ce point de vue, prévoyaient de nombreuses exceptions à l'action en paternité. La plupart n'avaient aucun rapport direct avec la question de filiation, mais elles se rattachaient à l'idée d'indignité de la fille-mère qui, à raison de certaines circonstances, ne paraissait pas mériter d'être secourue. Ainsi, la mère était mariée au moment de la grossesse et non définitivement séparée (2) ; le père était marié et la demanderesse connaissait cette situation (3) ; la mère avait varié dans la désignation de son séducteur (4). Dans tous ces cas, elle est déchue du droit d'intenter l'action. Il y a également une cause de déchéance de l'action, très répandue en Suisse ; elle résulte de la différence d'âge qui existe entre la mère et le défendeur ; il

(1) Projet Gianturco sur l'art. 193. — Projet Scialoja, art. 8.

(2) Zurich. P. G. art. 291 c. Thurgovie, P. G. art. 192 c. Schaffouse, P. G. art. 260 d. Zug, P. G. art. 63 c. Obwald, *lex cit.* art. 9 b. Soleure, C. civ. art. 284. Lucerne, *lex cit.* art. 12. Argovie, C. civ. art. 231.

(3) Zürich, P. G. art. 291 b. Thurgovie, P. G. art. 192 b. Schaffouse, P. G. art. 260 c. Zug, P. G. art. 63 b. Argovie, C. civ. art. 233. Bâle, Ville, E. G. O. art. 99. Bâle-Campagne, art. 21 § 4. Ces deux dernières législations exigent de plus que la mère ait mauvaise réputation pour que l'action soit rejetée.

(4) Zürich, P. G. art. 291 d. Schaffouse, P. G. art. 260 e. Thurgovie, P. G. art. 192 d. Zug, P. G. art. 63 d. Appenzell, A. Rh. Familienrecht, art. 22 a. Argovie, C. civ. art. 234. Obwald, *lex cit.* art. 9 c. Berne, C. civ. art. 185 § 4.

en est ainsi quand la mère était majeure et que le père avait à peine seize ou dix-sept ans à l'époque de la conception (1). Si l'on admettait une telle exception, ce n'est point qu'on jugeât que le défendeur, à raison de son jeune âge, était dans l'impossibilité physique de procréer, mais on présuait que la mère, plus âgée, plus avertie, avait séduit le jeune adolescent naïf et inexpérimenté. La Commission du Conseil Fédéral avait admis cette curieuse exception. Mais le Conseil s'empressa, avec raison semble-t-il, de biffer cette disposition (2). D'abord, est-il juste d'affirmer en principe que le mineur de dix-sept ans est la victime et non pas le séducteur. Comme le disait le conseiller Hoffmann, il y a de ces jeunes garnements (ungefreute Früchtchen), qui ne se laissent pas facilement entraîner, même par des femmes plus âgées, mais qui, au contraire, sont assez habiles et assez roués pour provoquer la chute de celles-ci (3). Et puis, cette exception était inspirée par l'idée de punir, de frapper d'indignité la mère ; or, nous avons déjà constaté que si cette conception n'avait pas encore totalement disparu, elle était certainement en régression. Aujourd'hui, l'intérêt de l'enfant importe seul ; il doit, autant que possible, ne pas avoir à souffrir de la faute de sa mère. Ce que doit rechercher le juge, c'est uniquement si le défendeur est ou n'est pas le père de l'enfant. Telle est la position très rationnelle et très juste qu'a prise le législateur moderne, sur la question de la recherche de la paternité (4). Nous avons vu, qu'en particulier, au Sénat

(1) Zurich, P. G. art. 291 a. Thurgovie, P. G. art. 192 (16 ans). Schaffouse, P. G. art. 200 a (18 ans). Zug, P. G. art. 63 a (16 ans, mère majeure). Obwald, *lex cit.*, art. 9 a. Argovie, C. civ. art. 233. Berne, C. civ. art. 189 (père 16 ans, femme plus de 24 ans.) Fribourg, *lex cit.*, art. 55, 2^o (père 17 ans et mère majeure).

(2) Voy. Mohr, *op. cit.*, p. 62.

(3) *Bulletin* 1905, XV, p. 1199.

(4) Voy. un emploi intéressant de l'exception de séduction proposé par M. Defrénois dans son commentaire de la loi française. S'appuyant sur le mot de M. de Lamarzelle qui, parlant des courtisanes, disait : Ici la séduction n'est pas du côté de l'homme, elle est du côté de la

français, un orateur ayant demandé si le mineur de dix-huit ans pouvait être actionné en paternité, le rapporteur n'hésita pas à répondre que l'âge du défendeur ne pouvait lui servir d'excuse. Le juge ne pourrait s'interdire en principe d'examiner une affaire qui se présenterait dans ces conditions ; il reste libre d'apprécier les faits et de choisir la solution qui lui paraît juste. Le projet italien Scialoja mentionne cette exception de séduction du défendeur (1) ; mais il faut bien remarquer qu'elle ne peut pas être opposée à l'action en recherche de paternité, mais seulement à l'action spéciale en dommages-intérêts de la fille-mère. Sous cette forme nouvelle, elle paraît assez admissible. Il est certain que si la mère a commis une faute, elle ne saurait demander au défendeur réparation d'un dommage qu'elle a volontairement subi. En tous cas, dans ce système, l'intérêt de l'enfant — et c'est l'essentiel — est sauvegardé.

Il convient enfin de citer, à titre de curiosité, l'exception tirée de la différence de race ou de couleur entre l'enfant et le défendeur (*Rasseverschiedenheit*). Les auteurs suisses mentionnent expressément cette circonstance parmi les cas dans lesquels il y a impossibilité que le défendeur soit le père de l'enfant (*Einrede der Unmöglichkeit*) (2). Le Code civil de la Louisiane dispose, en propres termes, que la recherche de la paternité est interdite contre un homme de race différente de celle de l'enfant : l'enfant blanc ne peut se réclamer d'un homme de couleur, l'enfant de couleur d'un homme blanc (3).

femme, il serait d'avis qu'on permît au défendeur, poursuivi en recherche de paternité par une femme de mauvaise vie, de prouver qu'il a été entraîné et séduit.— Cependant, s'il est réellement le père de l'enfant, il ne saurait invoquer aucune excuse, à moins qu'on ne veuille frapper la mère d'indignité ; mais cette idée est de moins en moins admise.

(1) Projet Scialoja, art. 10.

(2) Voy. Curti Forrer, ad art. 314, note 9.

(3) C. civ. de la Louisiane.

CHAPITRE II

ATTRIBUTION ET TRANSMISSION ACTIVES ET PASSIVES DE L'ACTION EN RECHERCHE DE PATERNITÉ NATURELLE

La question de savoir à qui doit être attribué l'exercice de l'action en paternité est susceptible de recevoir un grand nombre de solutions. Doit-elle être confiée à la mère ou à l'enfant, ou aux deux concurremment, ou à un tuteur, un curateur, nommé spécialement à cet effet ? Tous ces systèmes ont été consacrés par les différentes législations. Nous allons essayer de montrer comment ils se déduisent les uns des autres, à quelle conception de l'action en paternité ils correspondent, enfin, vers quel but tend sur ce point l'évolution du droit moderne.

Il est, en effet, très intéressant de noter par quelles phases sociologiques est passée successivement cette question importante du problème de la filiation naturelle. Son développement est d'ailleurs parallèle à celui de l'action en recherche de paternité. L'action a, d'abord, été attribuée exclusivement à la *mère* illégitime. En effet, elle présentait moins le caractère d'une action en réclamation d'état que celui d'une action en *dommages-intérêts*. Ce qui a frappé tout d'abord le législateur, c'est le préjudice causé à la fille-mère par la grossesse et l'accouchement, c'est l'incapacité de travail et le tort moral qui en sont résultés ; c'est enfin l'accroissement de charges que lui ont occasionnées la naissance de l'enfant, son éducation et son entretien. Aussi accordait-on généralement à la mère (1) le droit de poursuivre le père, afin de faire participer celui-ci aux

(1) D'ailleurs n'est-elle pas seule capable d'apprécier les chances de succès de son action, de désigner avec certitude le père de son enfant et de donner tous les renseignements utiles ?

frais nécessités par la vie de l'enfant et de le contraindre à réparer le préjudice subi par la mère naturelle. L'enfant ne possédait donc aucune action personnelle ; son droit était en quelque sorte absorbé par celui de sa mère : celle-ci réclamait une indemnité globale dans laquelle elle comprenait les frais d'entretien de l'enfant. Elle agissait, non pas en qualité de représentant du mineur, mais en son nom propre. Telle est la solution adoptée par un grand nombre de législations cantonales : Zurich, art. 693, Thurgovie, Schaffouse, Saint-Gall, Solcure, Valais et Fribourg, par certains petits Etats de l'Allemagne : Nassau (édit du 21 septembre 1816, § 4), Schleswig (loi du 9 septembre 1863, § 2). C'est le système consacré d'une façon générale par toutes les législations qui exigent que la mère confirme sa plainte à l'aide du serment (Angleterre, Danemark, loi du 27 mai 1908). Il est enfin formulé par la règle de l'ancien droit français : *Virgini creditur*, et c'est lui qui permit à la jurisprudence de tourner habilement la prohibition de l'article 340 et de réparer, dans une certaine mesure, l'injustice de cette disposition (1). En effet, l'action dirigée contre le séducteur n'était recevable que si elle était intentée par la mère naturelle en son nom personnel ; exercée au nom de l'enfant, elle était rejetée comme constituant une action en recherche de paternité. La loi de 1912 a précisément eu ce grand avantage de créer un droit propre à l'enfant, tout en conservant celui de la mère. On comprend facilement le grand inconvénient de cette solution, qui attribuait uniquement à la mère l'exercice de l'action en recherche de paternité : les intérêts de l'enfant étant exclusivement confiés à la mère, dépendent entièrement du bon vouloir de celle-ci ; si elle néglige de poursuivre son séducteur par ignorance, par incurie ou par faiblesse, l'enfant est injustement sacrifié. De plus, la

(1) Dans les cantons suisses, où le système français avait été adopté, une jurisprudence analogue à celle qui se fonde sur l'art. 1382 du C. civ., s'était développée, en prenant pour base l'art. 50 du C. des Obligations. V. notre travail, pages 55-56.

cause de l'enfant est étroitement liée à celle de la mère; ils sont solidaires dans le succès et dans l'échec.

Dans un système intermédiaire, l'action confiée en principe à la mère, peut être exercée, à défaut de celle-ci, par certaines *autorités* et, en particulier, par les *communes*. Il en est ainsi dans les législations qui pratiquent la procédure d'office (Verfahren von Amteswegen) (1), liée à la déclaration de grossesse de la mère. Non seulement la commune invite, aide la femme à intenter l'action, mais elle l'y contraint par les moyens les plus énergiques. Il convient de citer tout spécialement l'intéressante disposition du Code civil bernois (art. 168), qui confère à la mère l'exercice de l'action et, à son défaut, à la commune d'origine de celle-ci. On saisit aisément l'intérêt pécuniaire qu'ont les communes à découvrir le père de l'enfant naturel qui tombe à sa charge.

Mais un progrès plus sensible se réalise. Jusque-là, c'est, soit dans l'intérêt de la mère, soit dans celui de la collectivité qu'est intentée l'action en paternité. Peu à peu, l'enfant naturel attire l'attention du législateur, excite sa pitié et passe au premier rang. C'est le moment où l'action accordée à la fille-mère se *dédouble* en deux actions distinctes et parallèles : celle de la mère naturelle, qui a pour but la réparation du préjudice causé par la grossesse et l'accouchement, et celle de l'enfant, qui a pour objet le paiement des frais d'entretien et d'éducation. Le droit de ce dernier, d'abord virtuellement, implicitement contenu dans celui de la mère, s'en différencie lentement, tend à s'en dégager et à devenir indépendant. Dès lors, deux droits distincts sont sanctionnés par le législateur et les deux actions, qui en sont issues, ne sauraient avoir un seul et même titulaire. C'est ainsi qu'apparaissent peu à

(1) Nidwald, *lex cit.*, art. 7. — Obwald, *lex cit.*, art. 3 à 5. — Uri, *lex cit.*, art. 1 — Zug, P. G. art. 58. — Schwyz. — Appenzell Rh. ext. et int. — Pour plus de détails, voy. Huber, *System des schweiz. Privatrechtes*, I, p. 495, et notre chapitre sur la « Procédure ». — Pour le duché de Bade, cf. Gett, *Die rechtlichen Verhältnisse der ausserehelichen Kinder*, p. 37.

peu, à côté de la mère, certains auxiliaires chargés de veiller aux intérêts de l'enfant. Dans certaines législations l'action doit être intentée à la fois par le tuteur et par la mère (1). D'autres fois, elle doit être assistée d'un curateur nommé spécialement à cet effet (2). Il arrive assez fréquemment que l'action est donnée *concurrentement* à la mère et à l'enfant. Ainsi, le Code civil des Grisons (art. 71) en confie l'exercice à la mère, à son tuteur, si elle en a un, et au tuteur de l'enfant. Le Code civil suisse a adopté ce système. Comprenant, d'une part, que la mère est le mieux qualifiée pour juger de l'opportunité de l'action et pour fournir tous les renseignements utiles à la découverte de la vérité, mais craignant, d'autre part, que, par faiblesse, par négligence, par amour pour son séducteur, qui lui prodigue de fallacieuses promesses, elle n'use pas de son droit et ne laisse écouler les délais sans agir, le législateur fédéral a autorisé également la mère et l'enfant à exercer l'action (3). Celui-ci, ne pouvant intenter lui-même le procès, est pourvu d'un représentant légal. L'autorité tutélaire lui nomme un tuteur ; elle peut investir la mère de cette fonction ; mais il n'y a rien là d'obligatoire ; c'est plutôt une *faveur* dont la mère doit s'être montrée digne. Il faut s'inspirer, avant tout, des intérêts de l'enfant. Les mêmes règles s'appliquent à la dévolution de la puissance paternelle (art. 324-325 C. C. S.). Mais le législateur fédéral ne s'en est pas tenu là. L'autorité tutélaire nomme un curateur, chargé de veiller aux intérêts de l'enfant naturel, dès qu'elle est informée de la naissance ou dès que la mère lui a donné avis de la grossesse (art. 311 C. C. S.). Cette curatelle est *obligatoire* et, contrairement à la tutelle, la curatelle ne peut jamais être confiée à la mère, car cette institution a précisément pour but de venir en

(1) Sondershausen, loi du 12 août 1844, art. 3, 9. Wurtemberg, loi du 5 sept. 1839, art. 28.

(2) Lucerne, C. civ., art. 84. — Argovie, C. civ. art. 218.

(3) Art. 307 C. C. suisse. Nulle autre personne que la mère et l'enfant ne peut intenter l'action. — Voy. Peyer, *op. cit.*, p. 99. — *Bl. f. zurch. Rechtssprechung*, 3, n° 27. — Mohr, *op. cit.*, p. 65.

aide à la mère, et parfois même de la suppléer quand celle-ci ne peut ou ne veut pas agir. Le curateur a la mission spéciale et temporaire d'intenter l'action en recherche de paternité (1). Ainsi, toutes facilités sont données à l'enfant pour établir sa filiation. Si la mère ne prend pas l'initiative de l'action, l'enfant trouve dans le curateur un défenseur habile, énergique et dévoué. Si sa cause est bonne, son succès est certain. Il importe toutefois de remarquer que c'est en premier lieu à la mère qu'est accordé le droit d'introduire l'action ; ce n'est qu'à défaut de celle-ci, que l'enfant et son représentant sont qualifiés pour intenter le procès (2). Mais la mère ne pourrait agir en même temps en son nom personnel et à titre de représentant de l'enfant (3). Par contre, elle peut actionner en son propre nom, en vue d'obtenir des prestations pécuniaires pour son enfant ou même une déclaration de paternité. Ainsi — et la remarque est des plus importantes — quand la mère intente l'action en paternité dans le Code civil suisse, elle n'agit pas nécessairement au nom de l'enfant, elle n'est pas son représentant légal. Elle intente une action qui lui appartient *en propre*, concurremment avec son enfant. La chose est si vraie que si la mère a échoué dans sa tentative, rien n'empêche l'enfant d'intenter, à nouveau, l'action à son compte personnel ; l'inverse est également vrai. Les deux actions sont en droit, sinon en fait, indépendantes l'une de l'autre (4). Il va de soi qu'il ne peut intervenir qu'une condamnation unique. Ces conséquences du système suisse sont particulièrement intéressantes à noter.

Elles sont d'ailleurs implicitement consacrées par le Code civil suisse, dans le dernier alinéa de l'article 319. « L'action subsiste pour l'enfant, même après que la mère a

(1) Sur la curatelle de l'enfant natu el en Suisse voy. notre travail chapitre sur la « Procédure »

(2) Comp. déclarations de Huber et Gottofrey, rapporteurs au Conseil National. *Bulletin* 1905, XV, p. 779 et 785.

(3) Curti Forrer, *op. cit.*, ad art. 307, n° 9.

(4) Voy. Egger, *op. cit.* ad art. 307, n° 2 c. — Curti Forrer, *op. et loc. cit.*

« transigé ou renoncé à l'intenter, si elle l'a fait dans des conditions manifestement préjudiciables aux intérêts de son enfant ». On suppose que la mère a consenti à ne pas poursuivre son séducteur, celui-ci ayant promis de lui servir une rente ou de lui verser une certaine somme. L'enfant ne saurait être tenu par cette renonciation ou cette transaction contraire à ses intérêts. On a voulu par cette disposition, nous dit le rapporteur Hoffmann (1), affirmer l'indépendance de l'action de l'enfant et de l'action de la mère. Mais cette précaution paraît bien inutile. En effet, la mère ne peut transiger valablement au nom de l'enfant, que si elle est son représentant légal. Or, cette hypothèse est fort rare (2), puisque le législateur a institué la curatelle obligatoire. Le curateur a pour mission de veiller aux intérêts du mineur. Mais même dans le cas où la mère agit comme représentant légal de l'enfant, celui-ci ne saurait être lié, car son droit est indépendant de celui de sa mère et il subsiste intégralement. Chacun a l'exercice de l'action, il en use librement et ne peut être engagé par le fait de l'autre. Les auteurs s'accordent à déclarer inutile et superflue (*überflüssig* -- *gegenstandslos*) la disposition de l'article 319, alinéa 3, du Code civil suisse (3). Elle prévoit une hypothèse improbable, dont la solution était certaine et conforme aux principes généraux (4 et 5). Quoi qu'il en soit, l'enfant a la charge de

(1) Hoffmann, *Bull.* XV, p. 1216.

(2) Cf. Mohr., *op. cit.*, p. 61 et note 1.

(3) Comp. Egger, *op. cit.* ad art. 319, note 7 c. — Curti Forrer, *op. cit.*, ad art. 319, note 18. — Mohr., *op. cit.*, pp. 61, 62. — *Schweiz. Jurist. Zeitung*, 1912, p. 177.

(4) Cette disposition est inutile, car l'enfant est toujours pourvu d'un curateur qui veille à ses intérêts. Elle est aussi dangereuse, car on serait tenté d'en conclure *a contrario* que la mère peut valablement renoncer à l'action au nom de l'enfant, quand cette renonciation n'est pas au contraire aux intérêts de ce dernier ; or, toute transaction faite par la mère est nulle et non opposable à l'enfant. Elle ne peut être conclue que par le curateur de l'art. 311 ou le représentant légal de l'enfant. V. notre travail, page 535.

(5) On trouve des dispositions semblables à celle de l'art. 319, al. 3,

prouver qu'il lui a été causé un préjudice manifeste s'il veut obtenir des prestations pécuniaires plus élevées. Mais que faut-il entendre par préjudice manifeste (offenbar beeinträchtigt) ? C'est une question d'espèce qui ne manque pas d'être très délicate à résoudre (1).

Le législateur fédéral n'a pas reproduit les dispositions de certaines législations cantonales qui privaient la mère mariée ou en instance de divorce, du droit de poursuivre le père de son enfant naturel. Cette mesure s'inspirait du désir de punir l'adultère ou de frapper la mère coupable d'une indignité et d'une incapacité spéciales (2). A Fribourg, la mère est déchue du droit d'intenter l'action, quand le défendeur peut prouver qu'il se trouvait, à l'époque de la conception, dans l'impossibilité légale d'épouser la demanderesse, et que celle-ci avait connaissance de cette situation (3). Le législateur fédéral n'a voulu exclure personne du bénéfice de la loi. Il a seulement voulu éviter qu'un enfant né pendant le mariage régulier de sa mère, mais non désavoué par le mari de celle-ci, puisse être adjugé à son père illégitime, et se trouve ainsi dans le cas singulier d'avoir légalement deux pères. Aussi le Code civil suisse prescrit-il que si la mère était mariée à l'époque de la conception, l'action en paternité ne peut être introduite qu'après que l'enfant a été désavoué et déclaré illégitime par un jugement passé en force de chose jugée (4). Dans ce cas, le délai pour intenter l'action court à partir du jour où l'enfant a été déclaré illégitime (5) (article 316 C. C. S.). La preuve de ces faits incombe au défen-

du C. C. S., à Obwald, *lex cit.*, art. 15, 6, et à Zug, P. G. art. 61, Cf. jurisprudence zurichoise, *Handelsrecht. Entscheidungen* 19, p. 15, et *Zeitschrift für zürch. Recht*, 3, n° 220.

(1) Comp. sur ce point, Curti Forrer, ad art. 319, note 18.

(2) Il en était ainsi à Zurich, P. G. art. 701 c. — Lucerne, *lex cit.* art. 12. — Argovie, Code civ., art. 231. — Obwald, *lex cit.*, art. 9 b. — Zug, P. G. art. 63 c. — Schaffouse, P. G. art. 260 d. — Soleure, Code civ., art. 177. — Thurgovie, P. G. art. 192 c.

(3) Fribourg, *lex cit.* (1871), art. 55, al. 3.

(4) Voy. *Bulletin* XV, p. 776.

(5) Cf. *Bulletin* 1905, XV, p. 1191.

deur. Le juge peut également déclarer d'office la demande mal fondée, dès qu'il constate que la mère était mariée, au moment de la conception, et que l'enfant n'a pas été désavoué par le mari (1).

Enfin, une dernière étape allait être franchie. L'action qui commença par être exclusivement réservée à la mère, puis fut attribuée concurremment à la mère et à l'enfant, finit par devenir *rigoureusement personnelle à l'enfant*. C'est la solution que consacrent la plupart des législations modernes. Elle est affirmée par la loi française du 16 novembre 1912, par la loi belge du 6 avril 1908, par l'ordonnance monégasque du 3 juillet 1907, par le Code civil allemand (2). On déclare expressément que « l'action n'appartient qu'à l'enfant » (loi française, art. 1, § 11; ord. monégasque, art. 236 *ter*); « l'action en paternité est strictement personnelle à l'enfant » (loi belge, art. 341 *b*, al.1). Mais celui-ci, ne pouvant agir par lui-même pendant sa minorité, qui donc exercera l'action à sa place, quel sera son *représentant légal*? Sur ce point les réponses sont diverses.

La loi belge et le Code civil allemand confèrent au seul représentant du mineur le droit d'intenter l'action. De ce fait la mère n'a aucun pouvoir, à moins qu'elle ne soit tutrice de l'enfant. Elle ne peut agir en qualité de mère, mais seulement en qualité de représentant légal de l'enfant. En Belgique, c'est le tuteur ordinaire de l'enfant qui est appelé à introduire l'action (3). En Allemagne, la mère illégitime n'étant *jamais* investie de la puissance paternelle, il y a toujours lieu à la nomination d'un *tuteur*, dès qu'une naissance irrégulière est signalée par le bureau de l'état civil. Le juge des tutelles s'occupe aussitôt de choisir et de nommer un représentant légal de l'enfant. Le

(1) Curti Forrer, *op. cit.*, ad art. 316, notes 4 et 7.

(2) L'action était déjà refusée à la mère dans plusieurs Etats de l'Empire d'Allemagne, Landrecht Prussien; Bade, loi 21 fév. 1851, art. 4, 6; Meiningen. 9 sept, 1844, art. 8, 12; Gotha, 1^{er} juillet 1869, art. 1, 7, 8.

(3) Rapport au Sénat belge n° 109. p. 129. Cf. Huy, 21 nov. 1912. *Pas.* 1913, 3, 55; Liège, 4 janvier 1913. *Pas.* 1913, 3, 59.

grand-père maternel est spécialement recommandé par le Code civil allemand ; on ne peut l'écarté que pour des motifs graves et bien fondés (art. 1776, C. c. all.). Quant à la mère illégitime, elle ne jouit d'aucun droit de préférence ; elle peut seulement être choisie par le juge des tutelles, si elle présente des garanties suffisantes de capacité et de moralité (1). Mais en déclarant obligatoire la tutelle des enfants naturels (2), le législateur allemand a, en réalité, imposé la recherche de la paternité ; le tuteur, plus énergique et plus indépendant que la mère, n'hésite pas à intenter l'action. La recherche de la paternité devient ainsi une institution qui est mise en branle, dès qu'il naît un enfant illégitime. Tel est le vœu du législateur allemand : il a uniquement en vue l'intérêt de l'enfant et il le place au-dessus de toutes les considérations utilitaires tirées du repos et de la paix des familles. Cette conception du problème de la recherche de la paternité s'harmonise bien avec l'esprit germanique qui a volontiers recours à l'intervention des pouvoirs publics. Elle ne saurait être importée avec succès dans les pays latins où l'individu, plus personnel, plus indépendant, ne consent pas aisément à renoncer à ses droits et à sa liberté d'action.

Aussi la loi française et l'ordonnance monégasque (3) ne dépouillent-elles pas la mère du droit d'introduire l'action au nom de l'enfant. Pendant la minorité de celui-ci, c'est la *mère* qui est exclusivement chargée de cette mission. Mais une telle solution n'alla pas sans soulever de graves objections. On a reproché tant de fois aux partisans de la réforme de l'article 340 de vouloir déchaîner d'effroyables scandales, que ceux-ci furent contraints d'offrir de nombreuses garanties pour apaiser les craintes. C'est ainsi que les auteurs de la proposition de loi déposée sur ce sujet en 1879 (4) et M. Louis Martin, dans un contre-projet,

(1) Cf. sur l'organisation de la tutelle en Allemagne, Haléwyck, *op. cit.*, pp. 84 et suiv.

(2) Art. 1773 C. C. all.

(3) Art. 340 nouveau, alin. 10. — Ord. monégasque, art. 236 ter.

(4) Projet de loi Bérenger, art. 2.

proposaient de retirer à la mère le droit d'agir, et de charger de ce soin un tuteur *ad hoc*, nommé par le conseil de famille. Il était préférable, disait-il, de confier l'exercice d'une action aussi grave aux sages délibérations de cette assemblée impartiale et désintéressée, plutôt que de laisser une arme aussi redoutable dans les mains d'une femme audacieuse, qui n'hésiterait pas à provoquer du scandale, à satisfaire sa vengeance, à abuser de la faiblesse ou de la passion d'un amant. On invoquait, à l'appui de cette thèse, l'analogie tirée de l'article 318 du Code civil qui confie, dans un procès en désaveu, les intérêts de l'enfant à un tuteur *ad hoc*, c'est-à-dire à un représentant spécialement chargé de le défendre au cours de l'instance (1). La jurisprudence décide généralement que ce tuteur est nommé par le conseil de famille (2).

Mais on a répondu victorieusement à ces deux séries d'arguments. Il était facile de démontrer que l'argument fondé sur l'article 318 n'avait aucune valeur. D'abord l'enfant légitime, que le père cherche à désavouer, n'est point représenté légalement par la mère qui n'a point sur lui la puissance paternelle ; au contraire, elle est la tutrice légale de son enfant naturel (3). De plus, la situation des parties est différente dans l'action en désaveu, et dans l'action en recherche de paternité. Dans le premier cas, la mère, qui est indirectement atteinte par l'action en désaveu, serait tentée de défendre faiblement les intérêts de l'enfant dans l'espoir d'obtenir le pardon de son mari et de ne pas troubler l'union et la paix du foyer. En matière de recherche de paternité, la mère est au contraire très nettement de l'autre côté de la barricade ; ses intérêts se confondent avec ceux de l'enfant : si celui-ci triomphe dans son action, les charges de la mère sont considérablement diminuées. Enfin — et ce sont là, à notre avis, les meilleurs arguments en faveur du système adopté par la loi nouvelle — on s'était exagéré les qualités d'indépendance et

(1) Cf. rapport au Sénat franç. 1908 n° 369, p. 37.

(2) Cass., 24 nov. 1880. D. 82, I, 52, S. 81, I, 65.

(3) Cf. Rapport au Sénat 1908, n° 369, pp. 37-38.

de désintéressement du conseil de famille. La fille-mère ne saurait réunir autour d'elle que quelques amis qui prendraient inévitablement son parti, ou elle ne trouverait que des indifférents qui négligeraient les intérêts du pupille. Plus souvent encore, elle serait complètement isolée, repoussée par tout le monde, elle ne pourrait parvenir à constituer un conseil de famille. Ce sont, d'ailleurs, de telles considérations qui ont déterminé le législateur de 1907 à substituer le tribunal à l'ancien conseil de famille des enfants naturels. Mais, de plus, retirer à la mère l'exercice de l'action, c'est lui enlever, sans motif, la tutelle légale et la mettre au rang de la femme jugée indigne de veiller aux intérêts de son enfant. Qui pourrait mieux que la mère, fournir tous les détails, tous les renseignements nécessaires sur les relations qu'elle a eues avec le père prétendu ? « La mère, dit M. Guillier, n'est-elle pas en « situation de diriger l'instance, de rassembler les preuves, de réfuter les objections de fait soulevées par l'adversaire, pour tout dire, de projeter la lumière sur des faits plus ou moins mystérieux, auxquels elle a pris part et qu'elle peut révéler ou préciser mieux que per-
« sonne » (1).

Et l'éminent rédacteur de l'ordonnance monégasque justifie cette solution en des termes excellents : « Tout désigne « la mère pour ce rôle, dit-il, en dehors même de sa qualité de tutrice légale ; la connaissance que seule elle a de « la vérité, sa sollicitude naturelle pour l'enfant, et son « propre intérêt » (2).

La solution consacrée par la loi française et l'ordonnance monégasque, bien qu'elle puisse prêter à certaines objections, nous paraît encore être la meilleure. Éviterait-on, avec l'autre système, le chantage de la part de la mère ? Il serait tout aussi possible de la part d'un tuteur *ad hoc* nommé par un conseil composé des amis de la mère. Empêcherait-on les ententes secrètes entre la mère et le père ? Elles auraient lieu, pour les mêmes raisons, entre le tuteur

(1) Rapport au Sénat franç., 1908, n° 369 p. 38.

(2) Exposé des motifs de l'ordonnance monégasque, p. 36.

et le père (1). D'ailleurs, l'enfant, devenu majeur, a le droit d'intenter l'action et les transactions qui auraient pu intervenir ne lui sont pas opposables. Il est tout naturel de laisser l'initiative de l'action à la femme qui a participé à l'acte de procréation, qui seule peut apprécier ses chances de succès, et qui obéit au sentiment élevé de l'amour maternel. La critique la plus sérieuse que l'on puisse adresser à ce système, c'est de faire dépendre exclusivement l'exercice de l'action de la volonté de la mère. Celle-ci peut chercher à rester en faveur auprès de son amant, elle peut aussi être trompée par de fallacieuses promesses. Pour éviter ces inconvénients graves, on n'aurait qu'à attribuer le droit d'intenter l'action *concurrentement* à la mère et au *représentant légal de l'enfant*. Ce serait la solution idéale : c'est celle qui est proposée par le projet italien Scialoja. L'action peut être intentée par l'enfant ou par la mère. Durant la minorité de l'enfant, celui-ci est représenté par un curateur spécial ; la mère peut également prendre l'initiative de l'action, mais elle doit toujours être assistée d'un curateur spécial (art. 6 du projet Scialoja) (2). Ces solutions sont très remarquables et offrent toutes les garanties désirables, tant au point de vue des intérêts de l'enfant que de ceux du défendeur.

Le législateur français de 1912 et le rédacteur de l'ordonnance monégasque attribuant exclusivement à la mère le droit d'intenter l'action, au nom de l'enfant mineur, ont dû prévoir le cas où la mère ne pourrait agir pour diverses raisons. « A défaut de reconnaissance par la mère, dit « l'article 340 nouveau, alinéa 14, ou si elle est décédée, « interdite ou absente, l'action sera intentée, conformément aux dispositions de l'article 389. » L'ordonnance monégasque prescrit que « si la mère est décédée, incapable ou présumée absente, l'action doit être intentée « par un tuteur *ad hoc*, nommé par le conseil de famille »

(1) Rapport à la Chambre, Viollette, 1911, pp. 47-48.

(2) Art. 6 du projet Scialoja, al. 4. — Comp. Dusi, *Sul disegno di legge circa le indagini della paternità naturale*. Riv. diritt. civile, 1909, p. 33 seq.

(art. 236 *ter*) On s'aperçoit de suite, à la lecture de ces articles, que les solutions données par les deux législations diffèrent sur plus d'un point. Tout d'abord, la loi française prévoit une hypothèse que ne mentionne pas l'ordonnance monégasque : c'est celle où la mère n'a pas reconnu son enfant. Le texte adopté par la commission, au Sénat français, était également muet sur ce point. Cette lacune, très regrettable, fut signalée par M. Boivin-Champeaux (1), et heureusement comblée. Quand l'enfant n'a pas été reconnu par sa mère, il était donc privé du droit d'intenter l'action. Cependant, sa situation est d'autant plus digne d'intérêt qu'elle est plus pénible et plus précaire. Dans ce cas, l'enfant est représenté par le *tuteur* qui lui a été désigné par le tribunal. L'ordonnance monégasque ne contient aucune disposition sur ce point. Il y a eu sans doute omission, mais on peut se demander dans quelle mesure elle est involontaire. En effet, si l'on y regarde de près, on s'aperçoit que les législateurs français et monégasque n'ont pas absolument la même conception, relativement au droit de la mère d'intenter l'action au nom de son enfant. Dans la loi française, la mère n'a ce pouvoir qu'au cas où elle est le représentant légal de l'enfant. Il est donc nécessaire qu'elle l'ait reconnu ; c'est alors seulement qu'elle est investie de la puissance paternelle. Elle a, à ce titre, les droits de jouissance et de tutelle légales sur les biens de l'enfant ; et c'est l'un des attributs de la puissance paternelle d'intenter les actions appartenant au mineur (2). Le système de la loi française se rapproche des solutions belge et allemande en ce sens que la mère n'est autorisée à intenter l'action, au nom de l'enfant, que si elle est tutrice légale : son titre de mère ne suffit pas. Mais il s'en éloigne considérablement en fait, car la mère qui reconnaît son enfant est d'office investie

(1) Boivin-Champeaux, Sénat, Déb., *J. Off.*, 17 juin 1910, p. 1523, 3^e col.

(2) Voy. Rapport au Sénat, 1908, n^o 369, p. 37. — Conf. sur la représentation de l'enfant dans un procès en recherche de maternité naturelle, Seine 27 janv. 1914, *Gaz. Trib.*, 8 mars 1914 et la note.

de la puissance paternelle et de la tutelle légales, tandis qu'en Allemagne la puissance paternelle lui est toujours refusée et la tutelle rarement accordée. Au contraire, d'après l'ordonnance monégasque, la mère peut intenter l'action en paternité, au nom de l'enfant, alors même qu'elle ne l'aurait pas reconnu et ne serait pas son représentant légal. Son intervention est suffisamment justifiée par ce fait qu'elle est la mère de l'enfant. « Tout désigne « la mère pour ce rôle, dit M. de Rolland, en dehors même « de sa qualité de tutrice légale » (1). Cette question paraît présenter d'ailleurs un intérêt plutôt théorique. Il est permis de penser qu'en fait il sera fort rare qu'une femme qui n'a pas reconnu son enfant, se soucie d'obtenir un jugement en déclaration de paternité. De plus, il semble difficile qu'elle puisse introduire l'action devant le tribunal, sans justifier du titre en vertu duquel elle agit, c'est-à-dire sans prouver qu'elle est la mère de l'enfant.

On comprend sans peine la nécessité de nommer un représentant légal à l'enfant, dans les cas où la mère est morte, interdite ou absente. L'ordonnance monégasque emploie le terme « incapable ». Or, aucune capacité spéciale n'étant requise pour intenter l'action (2), seule l'interdiction peut empêcher la mère d'agir. Les deux législations ont certainement voulu viser le même cas, mais la loi française est plus précise (3).

(1) Exposé des motifs de l'ordonnance monégasque, p. 36.

(2) Voy. notre travail page 375.

(3) Un autre cas très intéressant n'a pas été prévu par le législateur : c'est celui où la mère est déchue de la puissance paternelle. Conserve-t-elle le droit d'agir au nom de l'enfant ? Nous croyons qu'il ne faut pas hésiter à répondre négativement. Sans doute, on ne peut tirer argument du texte de la loi qui est muette sur ce point ; mais étant donné que ce droit d'exercer l'action a été considéré comme « l'un des attributs de la puissance paternelle » (Rapport au Sénat, 1908, n° 369, p. 37), il nous paraît logique de dire que, la mère ayant été déclarée indigne d'exercer la puissance paternelle, est de ce fait déchue du droit de représenter l'enfant et d'intenter l'action en son nom. D'ailleurs, la tutelle légale est formellement retirée aux parents déchus par la loi du 24 juillet 1889, art. 1. Au reste, le chantage serait particulièrement à redouter, de la part d'une femme dont la conduite a été assez indigne

La question la plus importante et aussi la plus discutée consiste à savoir quel doit être, dans ces hypothèses, le représentant légal de l'enfant. Conformément à la solution adoptée par les projets français (1), l'ordonnance monégasque confie l'exercice de l'action à un tuteur *ad hoc* (art. 236 *ter*). Mais tandis qu'on décidait d'ordinaire que ce tuteur devait être nommé par le tribunal, à la requête du procureur de la République, le rédacteur de l'ordonnance monégasque comprenant fort bien les inconvénients d'un tel système, a laissé au conseil de famille le soin de nommer le tuteur *ad hoc*. Il y eut sur ce point, au Sénat français, de très vifs débats. Le projet du Sénat, reproduisant la solution proposée par tous les projets antérieurs sur la question, confiait l'action, dans le cas où la mère est morte, interdite ou absente, à un tuteur *ad hoc*, désigné par le tribunal civil du lieu de la résidence de l'enfant. On fit à ce système une foule de critiques, dont la plupart sont parfaitement justifiées. D'abord il nécessite l'intervention du procureur de la République, c'est lui qui aurait provoqué, mis en mouvement l'action en paternité, de l'utilité de laquelle il aurait été seul juge. Or, une telle action est essentiellement d'ordre privé, et le ministère public n'a jamais qualité pour intenter des actions de ce genre (2). Il en assumerait d'ailleurs la responsabilité et pourrait se trouver indirectement exposé aux condamnations prévues par la loi du 16 novembre 1912: la dignité de la magistrature souffrirait certainement de se trouver mêlée à ces sortes d'affaires plus ou moins scandaleuses (3). Et puis,

pour provoquer une aussi grave mesure. L'enfant sera donc représenté en ce cas par le tuteur désigné par le tribunal, conformément à l'art. 10 de la loi de 1889, ou, s'il a été recueilli par l'Assistance publique, par l'inspecteur départemental (art. 11 et 24 de la même loi). Comp., Wahl. *loc. cit.* n° 73, p. 59. — Defrénois, *loc. cit.* n° 88, p. 69.

(1) Projet Béranger 1879, art. 2, al. 3. — Projet Goujon 1897, art. 4. — Projet Rivet 1905, art. 4, al. 2.

(2) Cf. Sénat, Déb. *J. Off.* 12 nov. 1910, p. 1731, 3^e col.

(3) Boivin-Champeaux, Sénat, Déb., *J. Off.*, 17 juin 1910, p. 1524, 2^e col.

on voyait avec défaveur le procureur de la République s'immiscer dans une affaire privée, provoquer l'action au mépris des intentions et des scrupules des parties (1). Cette intervention fâcheuse eût pu produire bien des froissements et donner lieu à des abus. M. de Rolland l'a parfaitement compris et c'est pourquoi il a confié la mission de désigner le tuteur *ad hoc* au conseil de famille. « Il n'est
« pas besoin d'insister, dit-il, pour faire comprendre que
« les inconvénients de son intervention seraient plus
« grands encore si on lui laissait le soin d'en apprécier
« l'opportunité » (2). D'ailleurs, d'une façon générale, on répugne, dans les pays latins, à l'idée de recourir à l'autorité publique pour régler des affaires d'ordre privé. A plus forte raison ne permet-on pas à celle-ci de se substituer à la volonté des individus et à exercer d'office, en leurs lieu et place, une action qu'ils ont peut-être de bonnes raisons de ne pas intenter. Ce système a un caractère vexatoire et inquisitorial contre lequel se révolte l'esprit latin, mais qui n'effraie nullement, ainsi que nous l'avons constaté, l'esprit germanique.

Enfin, la solution proposée par la commission, avait le grave défaut de créer une dérogation aux dispositions de la loi du 2 juillet 1907, relative aux enfants naturels. Cette exception ne se justifiait nullement, et compliquait bien inutilement la matière. Cependant, elle fut ardemment défendue par le rapporteur. Celui-ci s'obstinait à ne voir aucune différence entre le tuteur datif et le tuteur *ad hoc*. Or, il va sans dire que le mot *ad hoc* comporte pour le tuteur l'obligation d'intenter le procès ; on lui donne un mandat spécial ; et c'est en définitive le procureur de la République qui jouirait seul d'un droit d'initiative, dont il peut être tenté d'abuser ou de ne pas user, selon les personnes en cause. Au contraire, si l'on confie l'action au tuteur datif, au tuteur ordinaire, on laisse ce dernier entièrement libre d'apprécier l'opportunité du procès (3). Il

(1) Voy. la conception différente du droit germanique, page 316.

(2) Exp. des motifs de l'ordonnance monégasque, p. 37.

(3) Voy. Ratier, Sénat, Déb. *J. Off.*, 17 juin 1910, p. 1524, 3^e col.

fallut l'intervention de M. le Garde des Sceaux (1) pour mettre fin à un débat fastidieux, qui menaçait de s'éterniser et où l'on s'amusa trop souvent à jouer sur les mots. Bref, la loi de 1912 renvoie très sagement aux dispositions de l'article 389 du Code civil modifié par la loi du 2 juillet 1907 : « Les fonctions dévolues au conseil de famille
« des enfants légitimes sont remplies, à l'égard des enfants
« naturels, par le tribunal de première instance du lieu
« du domicile légal du parent investi de la tutelle, au mo-
« ment où il a reconnu son enfant, et du tribunal du lieu
« de la résidence de l'enfant, s'il n'est pas reconnu ; le
« tribunal statuera en Chambre du Conseil, après avoir
« entendu ou appelé le père ou la mère de l'enfant, s'il a
« été reconnu, soit à la requête du ministère public, soit
« d'office sur toutes les questions relatives à l'organisation
« ou à la tutelle desdits mineurs ». Ainsi, ce n'est pas un tuteur *ad hoc* qui représente le mineur dans l'action en paternité : c'est le *tuteur ordinaire* qui est nommé par le tribunal, faisant fonction de conseil de famille. Ce tuteur, chargé de veiller d'une façon générale aux intérêts de l'enfant, décidera, d'après les circonstances, s'il convient d'intenter l'action en déclaration de paternité (2). Il faut bien remarquer qu'il jouit du plus large pouvoir d'appréciation et qu'il ne reçoit aucun mandat impératif. Il n'appartient donc pas au ministère public (3), ni au tribunal de provoquer l'intentement de l'action. Le premier ne peut que requérir, et le second prononcer la nomination du tuteur. C'est à cela que se bornent leurs rôles respectifs. Il convient donc d'interpréter dans ce sens, certains passages équivoques du rapport à la Chambre : « Quiconque s'inté-
« resse à l'enfant pourra s'adresser au procureur de la
« République, pour lui signaler les particularités de na-
« ture à étayer une procédure en recherche de paternité,

(1) Garde des Sceaux Barthou, Sénat, Déb. *J. Off.*, 17 juin 1910, p. 1524, 1525.

(2) Voy. Sénat, Déb. *J. Off.*, 18 juin 1910, p. 1530, 11 nov. 1910, p. 1739. — Defrénois, *loc. cit.* n° 89, p. 72, 73. — Brun, *op. cit.*, p. 125.

(3) V. sur ce point, *infra* page 329, note 2.

« et ce dernier saisira le tribunal. L'intervention du procureur de la République n'est même pas nécessaire, puisque le tribunal, en pareille matière, peut agir d'office » (1).

Il convient maintenant de rechercher dans quelles conditions le représentant légal de l'enfant est admis à intenter l'action au nom de celui-ci. Peut-il agir *seul* ou a-t-il besoin d'être *spécialement* autorisé ? La loi française accorde le droit d'exercer l'action au nom de l'enfant à la mère « même mineure ». Ces mots ont été ajoutés au texte, au cours de la discussion au Sénat, sur la proposition de M. L. Martin (2). Il en résulte qu'elle peut agir sans avoir besoin d'aucune autorisation. Ainsi que le dit M. Viollette, en une formule plus brillante que juridique : « Sous ce rapport, la maternité équivaut à une véritable émancipation » (3). De même, il faut décider qu'aucune autre incapacité ne peut lui enlever le droit d'agir personnellement et seule. Si elle est mariée, elle agit sans l'autorisation de son mari. Ces solutions sont conformes à l'esprit de la loi, qui considère le droit d'intenter l'action en paternité comme l'un des attributs de la puissance paternelle, dont la mère est investie, comme ayant la première reconnu l'enfant (4). Par contre, la loi française est muette sur le point de savoir si le tuteur peut intenter seul l'action en paternité, sans avoir besoin d'aucune autorisation. Il est regrettable que le législateur n'ait pas saisi cette occasion de mettre fin aux controverses qui ont lieu à ce sujet. La question s'est rarement posée en pratique, mais toutes les fois qu'elle a été discutée devant les tribunaux, ceux-ci ont décidé que le tuteur peut représenter le mineur, soit comme demandeur, soit comme défendeur, dans tous les procès relatifs à l'état de celui-ci, sans avoir besoin de l'au-

(1) Rapport à la Chambre, 1911, p. 47.

(2) Louis Martin, Sénat, Déb. J., Off., 17 juin 1910, p. 1523, 2^e col.

(3) Rapport à la Chambre, 1911, p. 47.

(4) Rapport au Sénat 1908, n° 369, p. 37. Cf. Wahl., *loc. cit.* n° 72 p. 58. Comp. art. 384 et 389 C. civ.

torisation du conseil de famille ; ils en donnent cette raison que la loi ne l'astreint à aucune formalité (1). La doctrine critique généralement cette solution ; elle estime avec raison que l'action en réclamation d'état est assez grave pour nécessiter l'intervention du conseil de famille, qui est consulté sur une simple question de servitude ou d'hypothèque (2). Au cours des débats au Sénat, le rapporteur, faisant allusion à cette question, a considéré comme nécessaire l'autorisation du conseil de famille (3). Il en a même tiré cette conséquence curieuse que le tuteur, ayant besoin de l'autorisation du tribunal faisant fonction de conseil de famille, d'après la loi du 2 juillet 1907, recevait en quelque sorte un mandat de la part du tribunal et devenait nécessairement un tuteur *ad hoc*. La remarque est ingénieuse, mais il n'est pas besoin de l'examiner longuement pour s'apercevoir qu'elle est des plus factices. D'abord, il n'est pas certain que l'autorisation du tribunal soit indispensable ; et de plus, il y a une différence considérable entre un tuteur *ad hoc*, qui reçoit du tribunal l'ordre exprès d'accomplir une mission déterminée, et le tuteur ordinaire qui apprécie librement l'opportunité de l'action et demande, s'il y a lieu, l'autorisation du tribunal. Il est à peine besoin d'insister.

Les législateurs belge et monégasque se sont montrés beaucoup plus avisés que le législateur français. D'après la loi belge du 6 avril 1908, l'action alimentaire étant une simple action mobilière, peut être intentée par le tuteur seul (4). Au contraire, l'action en réclamation d'état, plus grave de conséquences, nécessite l'autorisation du conseil de famille. L'ordonnance monégasque consacre la même solution et l'applique même à la mère (art. 236 *ter*). Ces

(1) Paris, 21 août 1841, S. 41, 2.488 ; Grenoble, 14 fév. et 5 déc. 1883, S. 84, 2.73 ; Lyon, 24 fév. 1859, S. 59, 2.655 ; Caen, 21 Mars 1861, D. 63, 1.279.

(2) Laurent, T. IV, n° 254 ; — Planiol, T. I, n° 1952 ; — Galopin, *Cours*, n° 97.

(3) Guillier, Sénat, Déb. J. Off. 17 juin 1910, p. 1524, 3^e col.

(4) Arg. a contr. art. 341 b. Cf. Galopin, *Commentaire*, p. 47, note 1.

excellentes dispositions se justifient d'elles-mêmes. Comme le dit M. de Rolland : « L'intervention du conseil de famille sera ici une garantie de plus contre les demandes formées dans un but de chantage et même contre les demandes simplement téméraires » (1). Le projet italien Scialoja dispose de même que le curateur spécial et la mère ont besoin pour agir « d'une délibération favorable du conseil de tutelle » (*deliberazione favorevole del Consiglio di tutela*) (art. 6 du projet) (2).

La question ne se pose pas en Allemagne, attendu que l'action en paternité a un caractère purement pécuniaire. En Suisse, le curateur obligatoire et spécial de l'article 311 du Code civil suisse reçoit du tribunal des tutelles la mission expresse d'introduire l'action en paternité.



De ce fait que la plupart des législations modernes font du droit d'intenter l'action en paternité la propriété exclusive de l'enfant, il résulte que ce droit est *rigoureusement* attaché à sa personne. Par conséquent, il est de ceux que ne peuvent exercer à sa place les créanciers de l'enfant (3). Il ne peut davantage être dirigé contre lui ou ses héritiers. Le projet belge de la Section centrale consacrait même expressément cette solution (art. 7) (4) : cette disposition fut supprimée comme inutile et superflue. Ainsi, l'action est refusée à tous les membres de la famille de l'enfant, en particulier à ses frères et sœurs (5), alors même que ceux-ci auraient un intérêt successoral à faire établir la filiation de l'enfant, afin de recueillir sa succession (art. 766 C. c. fr.)

(1) Exp. des motifs de l'ord. monégasque, p. 36.

(2) Cf., projet Gianturco, art. 1 abrogeant l'art. 189 du C. civ. ital.

(3) Planiol, I, n° 1517. — Capitant et Colin. *op. cit.* T. I, p. 326. — Galopin, *op. cit.* n° 66, p. 48. — *Contra*, Laurent, IV, n° 102.

(4) Voy. projet Van Berchem, art. 5.

(5) Cass. 10 août 1864, D. 64, 1, 354 ; Cass. 23 juillet 1878, D. 79, 1, 15 ; Paris 16 fév. 1889, S. 89, 2, 201 ; Paris 30 juin 1908, *Gaz. Pal.*, 1908, 2, 374 ; Cf. Galopin, *op. cit.*, n° 33, p. 28.

Les héritiers du père ne peuvent pas non plus exercer l'action en recherche de paternité, dans le but de faire réduire les libéralités faites à un donataire, qu'ils prouveraient être l'enfant naturel du donateur (art. 908 C. civ. franç.) (1).

Il faut également déduire du principe de personnalité absolue reconnue au droit de l'enfant cette conséquence, que l'action est *intransmissible* à ses héritiers et successeurs. Cependant cette question n'est pas résolue d'une manière identique par tous les législateurs. Elle mérite un examen attentif.

Les héritiers peuvent avoir, en effet, un intérêt moral et un intérêt pécuniaire à exercer l'action en recherche de paternité. Ils ont un intérêt moral analogue à celui de l'enfant, puisque sa filiation est aussi la leur. Ils ont un intérêt pécuniaire, car ils peuvent recueillir, aux lieu et place de leur auteur, la succession du père naturel, mais à cette condition qu'ils soient eux-mêmes enfants légitimes de l'enfant naturel (art. 761 C. civ. fr.). Malgré l'existence de ces intérêts, les législateurs se montrent généralement hostiles à la transmission de l'action aux héritiers de l'enfant. Ils réservent le bénéfice de l'action à l'enfant en faveur de qui elle a été spécialement créée (2). La loi française appa-

(1) Cass. 23 juill. 1878, D. 79, 1, 15 ; Cour sup. du Luxembourg, 13 mai 1892, D. 94, 2, 483. — Planiol. I, n° 1517. — Wahl, *loc. cit.*, n° 70, p. 57.

(2) Que décider relativement au droit du ministère public ? Pourrait-il intenter d'office une action en recherche de paternité ? On sait qu'il existe de vives controverses en doctrine et en jurisprudence sur l'étendue des pouvoirs du ministère public, et l'interprétation qu'il convient de donner à l'article 46 de la loi du 20 avril 1810 : « ... Il poursuit d'office : cette exécution dans les dispositions qui intéressent l'ordre public. » La jurisprudence a tendance à reconnaître au ministère public le droit d'agir, comme partie principale, dans les causes qui intéressent l'ordre public : en particulier, il peut demander d'office la rectification des actes de l'état civil. Comp. Le Poittevin, *Dictionnaire formulaire des Parquets*, T. I, p. 177. — Dalloz, Supp. v° *Ministère public*, n° 56 seq. Mais on ne trouve aucun arrêt concernant le droit d'action principale du ministère public en matière de recherche

rait, sur ce point, comme l'une des plus rigoureuses. Elle ne contient pas de disposition expresse, mais les travaux préparatoires ne peuvent laisser aucun doute sur le sens de la solution qu'il convient d'adopter. Déjà le texte de l'article 340, alinéa 10, est rédigé dans une forme très nette et très significative : « L'action n'appartient qu'à l'enfant » (article 340 nouveau, alinéa 10). Mais les rapporteurs à la Chambre et au Sénat ont pris soin de commenter cette disposition. « A qui appartient l'action ? se demande « M. Guillier. Nous avons dit : à l'enfant seul, excluant « *ainsi* ses héritiers » (1). — « L'action, dit-il également « dans son rapport, disparaît avec l'enfant et n'est trans- « missible, ni à ses héritiers, ni à ses successeurs » (2). Et dans le rapport à la Chambre, M. Viollette multiplie les déclarations dans le même sens. « Si l'enfant meurt, ses des-

de filiation. On ne cite qu'un arrêt de la Cour de Grenoble, en date du 14 janv. 1889, D. 90, 2, 193 et la note, qui a permis au ministère public de demander à établir une filiation naturelle, non avouée par les parties, afin de faire opposition à un mariage incestueux, en se fondant sur l'art. 161. Il est certain que, dans ce cas, l'ordre public était intéressé. Mais, en général, la doctrine a tendance à refuser ce droit au ministère public. V. Planiol, I, n° 1518. Nous avons déjà fait remarquer que, dans les pays latins, on répugne à l'idée que le ministère public puisse d'autorité s'immiscer dans les affaires d'ordre privé comme le font les actions en réclamation d'état, et ait le droit de les intenter, au risque de blesser la conscience des individus, de troubler leur existence et de violer leur volonté et leur liberté. De telles actions sont soustraites à l'influence des pouvoirs publics, et, à cause de leur caractère intime et délicat, ne relèvent que de la libre décision des particuliers, qui sont seuls juges de l'attitude qu'ils doivent adopter. Le législateur moderne n'a fait qu'accentuer cette tendance en insistant sur le caractère personnel de l'action en recherche de paternité. Cf. projets belges Laurent, Van Berchem, Mabilie : « L'action en réclamation d'état ne peut être intentée contre l'enfant. » M. Galopin, dans son *commentaire*, refuse expressément le droit d'intenter l'action au ministère public et critique l'arrêt de Grenoble précité. Galopin, *op. cit.*, n° 33, p. 28. — Cf. Brun, *op. cit.*, p. 199 seq. Sur la conception différente du droit germanique et le rôle du juge des tutelles en Allemagne. Voy. *infra*, chapitre sur « la Procédure ».

(1) Guillier, Sénat, Déb. *J. Off.*, 17 juin 1910, p. 1524, 2^e col.

(2) Rapport au Sénat, 1908, n° 369, p. 37.

« cendants n'héritent pas son droit » (1). Cette solution était d'ailleurs généralement admise sous l'empire de l'ancien article 340. On décidait que les mots « sur la demande des parties intéressées » s'appliquaient exclusivement à la mère et à l'enfant (2). Cependant nombre d'auteurs se refusaient à entendre ce texte général dans un sens restrictif. En matière de recherche de maternité naturelle, la question est également fort controversée. Mais une jurisprudence constante décide que l'action est personnelle à l'enfant et qu'elle ne saurait être exercée par ses descendants ou autres héritiers (3). Cette jurisprudence se base sur des arguments assez faibles : elle invoque la rédaction de l'article 341 du Code civil, qui ne parle que de l'enfant lui-même : « L'enfant qui réclamera sa mère... » Il est vrai qu'on peut, avec autant de raison, invoquer en sens contraire la généralité de la phrase par laquelle débute ce même article : « La recherche de la maternité est admise », et soutenir que l'action doit être ouverte à tous les intéressés. La jurisprudence tire aussi argument des articles 329 et 330 du Code civil qui, prévoyant la transmission de l'action en recherche de maternité aux héritiers de l'enfant, la subordonne à cette condition, que l'enfant ait intenté l'action avant son décès, ou qu'il soit décédé moins de cinq ans après sa majorité. Si donc, le législateur avait voulu autoriser ce transfert de l'action aux héritiers de l'enfant naturel, il eût certainement édicté des dispositions analogues à celles de l'article 330 et plus restrictives encore, car il est beaucoup moins favorable à la recherche de la filiation naturelle qu'à la recherche de la filiation légitime. Mais cette argumentation n'a pas convaincu la doctrine, qui sou-

(1) Rapport à la Chambre, 1911, p. 45.

(2) Planiol. I. n° 1535. — Demolombe, T. V. n° 257. — *Contra* Laurent, T. IV, n° 99. Baudry-Lacantinerie, T. III, n° 695.

(3) Cass. 19 juill. 1861. S. 61.1.700 ; Cass. 30 déc. 1868. D. 69.1. 185 ; Cars. 3 avril 1872. S. 72.1.126 ; Grenoble 26 décembre 1867, S. 68.2.313 ; Lyon 4 janv. 1910. D. 1910, 2.257. — Demolombe, T. I, n° 254. — Baudry-Lacantinerie, T. IV, n° 703. — Cf. Galopin. *op. cit.*, n° 33, p. 28.

tient énergiquement que l'action en recherche de paternité peut être intentée par ses héritiers et successeurs à titre universel (1).

En tous cas, la loi du 16 novembre 1912 paraît avoir donné une consécration législative au système de la jurisprudence. L'action n'appartient qu'à l'enfant. Il en résulte que non seulement ses héritiers ne peuvent l'exercer, mais que la mère ne peut plus l'intenter en son nom personnel (2). Or, on admettait généralement que l'action en recherche de paternité, autorisée par l'ancien article 346 dans le seul cas d'enlèvement, pouvait être exercée, sinon par les héritiers de l'enfant, du moins par sa mère. Sur ce point, la loi de 1912 paraît donc plus restrictive que l'ancien article 340. Mais nous avons déjà dit que la loi nouvelle avait eu précisément pour but de différencier l'action de l'enfant et l'action de la mère. Ces deux actions, jadis confondues, ont aujourd'hui un caractère et un but distincts : elles doivent avoir des titulaires différents. La mère ne peut pas exercer, en son nom personnel, l'action en recherche de paternité : elle ne peut l'intenter qu'*au nom de l'enfant*.

Non seulement les héritiers ne peuvent pas introduire l'action en paternité, mais ils ne sont pas même admis à la continuer. Nous savons que, d'après l'article 330, les héritiers de l'enfant légitime sont admis à poursuivre l'action commencée par leur auteur, à moins que celui-ci ne s'en

(1) Cf. Aubry et Rau, T. VI. § 570, note 2. — Laurent, T. X, n° 101. — Huc, T. III, n° 91. — Capitant et Colin, *op. cit.*, p. 324. — Planiol, I, n° 1516.

(2) En ce sens, Brun, *op. cit.*, p. 115. — Capitant et Colin, *op. cit.*, p. 325. — Lavollée, *op. cit.* p. 140. — Comp. Wahl, *loc. cit.*, n° 96, p. 72, 73. — Voy. Saint-Claude, 23 juillet 1913, *Gaz. Pal.*, 1913. 2. 449; Seine, 13 janv. 1914. *Gaz. Trib.*, 14 mars 1914; Corbeil, 10 déc. 1913, *Gaz. Trib.*, 3 avril 1914. Cependant la mère naturelle reste libre d'intenter, en son nom personnel, comme sous l'empire de l'ancien article 340, une demande en dommages-intérêts pour faits de séduction, ou une demande en validation de l'engagement pris par le père de subvenir à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. Sur ce point, voy. notre chapitre relatif aux « *Droits spéciaux de la mère naturelle contre le père.* »

soit désisté formellement, ou qu'il n'ait laissé passer trois années sans poursuites, à compter du dernier acte de procédure. Cette faculté est refusée aux héritiers de l'enfant naturel (1). Il eût fallu un texte exprès pour la leur accorder. Le rapport à la Chambre la leur refuse nettement : « Après le décès de l'enfant, cette action, qui lui était per-
« sonnelle, ne peut plus être intentée ni continuée par per-
« sonne. La mère pas plus qu'aucun des héritiers, ne peu-
« vent la reprendre, puisqu'ils ne sauraient agir en leur
« nom » (2).

On saisit aisément quelles sont les raisons qui ont déterminé le législateur à adopter ces solutions rigoureuses. S'il s'est décidé à permettre la recherche de la paternité et à exposer les familles aux risques du chantage et du scandale, c'est uniquement en faveur de l'enfant qu'il a consenti à faire un tel sacrifice. Son but essentiel est d'autoriser l'enfant à retrouver son père, à recouvrer un état civil complet et à obtenir l'aide pécuniaire nécessaire à sa vie. Si l'enfant meurt, l'action n'a plus de raison d'être exercée, car son but ne peut plus être rempli. Les héritiers ont certainement un intérêt moral à intenter l'action, mais il est infiniment moins important que celui de l'enfant. D'ailleurs, d'une manière générale, l'intérêt moral qu'a une personne à faire établir sa filiation naturelle est de beaucoup plus faible que celui qu'elle a à faire constater sa filiation légitime. La plupart du temps, les héritiers ne seraient poussés que par des raisons d'ordre pécuniaire, qui sont moins respectables et n'exigent pas aussi impérieusement la transmission de l'action. Enfin le législateur a surtout eu le souci d'éviter le scandale, et il n'a pas eu confiance dans les individus qui intenteraient une action aussi grave et aussi délicate dans le seul but de recueillir une succession. Et puis, il y a toujours cette raison discutable en lé-

(1) Certains arrêts admettaient que l'action en recherche de paternité, peut être continuée par les héritiers. Cass. 29 juill. 1861, 3 avril 1872, déjà cités ; Rouen, 23 juill. 1862, S. 63. 2. 64 ; Lyon, 4 janv. 1910, déjà cité. — Conf. critique de Gaudemet, *Rev. tr. de dr. civ.*, 1911, p. 102.

(2) Rapport à la Chambre, 1911, p. 45.

gislation, mais très puissante en fait, à savoir que la recherche de la filiation naturelle mérite moins les faveurs du législateur que la recherche de la filiation légitime.

La loi belge consacre la même solution que la loi française. Elle le fait même d'une manière expresse : L'action alimentaire (art. 340 *a*) et en réclamation d'état (art. 341 *b*) « ne passe pas aux héritiers de l'enfant naturel ». Le projet de la Section centrale (art. 10), à la suite du projet Van Berchem (art. 8), accordait aux héritiers le droit d'intenter l'action dans les limites de l'article 329 du Code Napoléon. M. Van den Heuvel justifiait cette solution de la façon suivante : « En passant aux héritiers, le droit change de nature. Dans le chef de l'enfant, il est avant tout un droit moral, mettant en jeu une question d'état. Dans celui des héritiers, ce n'est plus qu'un droit pécuniaire. Dès lors on doit se demander si, à raison de cette différence fondamentale de nature, il ne convient pas de soumettre ce droit à des restrictions particulières » (1). Le raisonnement est fort juste. Il devait même être poussé à l'extrême par le rapporteur au Sénat, à qui l'intérêt pécuniaire des héritiers parut suspect : il ajoutait qu'il était dangereux de confier à des tiers le droit d'intenter un procès, que l'enfant s'était peut-être refusé à poursuivre afin de ne pas discréditer son père ou sa mère (2). Aussi, l'action fut-elle déclarée intransmissible aux héritiers de l'enfant. Cependant on apporta à la rigueur de cette règle un important correctif. Si les héritiers ne peuvent introduire l'action, du moins peuvent-ils la *suiivre*, lorsqu'elle a été commencée par l'enfant, à moins qu'il ne s'en soit désisté formellement, ou qu'il n'ait laissé passer trois années sans poursuites à compter du dernier acte de procédure (articles 330, 340 *e*, al. 1, 341 *b*. al. 4 C. Nap). Sur ce point, la loi belge, avec raison semble-t-il, est plus libérale que les lois française et monégasque. Il convient de remarquer que

(1) Van den Heuvel. Chambre belge, 1906, n° 19, p. 22, 2^e col. — Cf. Rapport à la Chambre (Colaert), n° 9, p. 13.

(2) Rapport au Sénat, n° 112, p. 132.

c'est à titre d'héritiers que les descendants de l'enfant peuvent continuer l'action ; il s'ensuit qu'ils n'ont plus de droits, s'ils renoncent à la succession (1). De même, la mère naturelle ne peut intenter l'action après la mort de son enfant, car elle ne peut agir en son nom personnel. Elle est seulement admise à continuer l'action, si elle est héritière de l'enfant.

Un *second* groupe de législations admet sans difficulté la transmission active du droit d'intenter l'action en paternité. Ce sont, en général, les législations germaniques. Cependant cette solution est en partie admise par le projet italien Scialoja. Celui-ci autorise les descendants légitimes de l'enfant à intenter l'action après sa mort ; aucune condition spéciale n'est exigée. Au contraire, l'action introduite par l'enfant ne peut être continuée par les héritiers légitimes ou la mère, qu'autant que l'enfant né s'est désisté de l'action et que l'instance n'est pas périmée (art. 5 du projet al. 1 et 3). Ces dispositions ne sont pas parfaitement logiques. Pourquoi l'intentement du procès par les héritiers est-il libre, alors que la continuation de l'action commencée par l'enfant est subordonnée à certaines conditions restrictives ? Quoi qu'il en soit, il convient de remarquer que la faveur de la transmission de l'action est réservée aux seuls héritiers légitimes. Cependant l'article 14 du projet Scialoja accorde à l'enfant naturel un droit de succession, non seulement à l'égard de son auteur, mais directement ou par représentation à l'égard de tous les autres ascendants.

Nous savons que d'après le Code civil suisse, il y a *deux* titulaires du droit d'intenter l'action en paternité : la mère et l'enfant. Chacun d'eux peut agir en son nom personnel. Il convient d'étudier séparément la question de la transmission active de l'action, selon qu'il s'agit de la mère ou de l'enfant. Les législations cantonales n'accordaient généralement qu'à la mère seule l'exercice de l'action en paternité, à l'exclusion de l'enfant. Par contre, elles admettaient assez facilement que les héritiers de la mère puissent exer-

(1) Cf. Leclercq, *op. cit.*, n° 14, p. XXII.

cer l'action. Il en résultait cette conséquence curieuse que l'enfant naturel, qui était au nombre des héritiers de la mère, ne se trouvait investi du droit d'intenter l'action qu'au cas de décès de sa mère.

Aussi le transfert de l'action apparaissait-il comme indispensable. Cependant il était généralement subordonné à certaines conditions déterminées, qui différaient selon les cantons. Dans les Codes de Zurich § 699, Schaffouse § 265, Thurgovie § 201, la transmission ne s'effectuait que si l'action avait déjà été introduite du vivant de la mère, ou s'il existait une promesse de mariage ou une reconnaissance écrite de paternité. Il en est de même à Zoug § 71 ; mais la promesse de mariage n'y est pas mentionnée. Glaris § 198 et Obwalden (*lex cit.*, art. 19 b) exigent un aveu ou une reconnaissance écrite. A Schwyz (*lex cit.*, art. 3), il suffit que l'action ait été intentée dans le délai légal, auquel cas elle est transmissible aux héritiers, et même à la commune d'origine de la mère. La législation de Bâle ville (E. G. O. § 101) ne pose aucune condition, mais elle réserve à l'enfant seul le droit d'intenter l'action après la mort de la mère. Le Code d'Argovie (art. 245) la transmet de façon générale aux héritiers de celle-ci. Ainsi, pour éviter des poursuites scandaleuses ou seulement téméraires, la plupart des législations cantonales prévoyaient limitativement les hypothèses dans lesquelles l'action passait aux héritiers (1). Le Code civil suisse ne contient pas de disposition expresse sur ce sujet ; mais les travaux préparatoires ne laissent aucun doute sur le sens de la solution qu'il convient d'adopter. M. Huber a formellement déclaré dans l'Exposé des Motifs (2) que « le transfert de
« l'action aux héritiers de la mère allait de soi. On a re-
« poussé, dit-il, une disposition restrictive portant que,
« pour que l'action passât aux héritiers, il fallait au moins
« que la mère eût désigné le défendeur comme le père, et

(1) Voy. Huber, *System*, T. I. p. 508.

(2) Exposé des motifs du C. c. suisse, Huber, T. I, p. 225. — Peyer, *op. cit.*, p. 102.

« qu'elle n'eût pas refusé d'introduire l'action. » Il va de soi qu'après la mort de la mère, l'enfant peut, comme de son vivant, intenter l'action en paternité.

Le Code civil suisse prévoit, au contraire, expressément le cas de mort de l'enfant. Mais il ne donne alors à la mère, ou à ses héritiers, le droit de poursuivre le père prétendu, que dans la mesure où cette démarche est nécessitée par le désir d'obtenir le paiement des prestations dues à la mère (art. 309, al. 2. C. C. S.). Les auteurs décident généralement que l'action peut également être intentée dans le but de recouvrer le montant des rentes alimentaires échues et non payées (1) ; mais cette dernière solution ne repose sur aucun texte de loi. Quant à l'action en paternité proprement dite, avec conséquences d'état civil, elle disparaît avec l'enfant, et ne passe pas à ses héritiers. Elle est devenue sans objet. Il semble aussi qu'après la mort de l'enfant, la mère soit privée du droit d'intenter l'action en déclaration de paternité de l'article 323 du Code civil suisse (2).

Le Code civil allemand a consacré, sur ce point, des solutions originales. L'article 1713 commence par poser le principe de l'intransmissibilité de l'action alimentaire (Unterhaltsanspruch) aux héritiers de l'enfant ; mais il ajoute « que le droit survit dans la mesure où il porte sur l'exécution ou l'indemnité pour inexécution, pour le passé, ou sur les prestations qui, devant être faites à l'avance, sont échues à l'époque du décès de l'enfant. » Les héritiers ne peuvent donc pas intenter véritablement l'action en paternité, mais ils peuvent, du moins, poursuivre le père en paiement de la pension alimentaire. Et même, bien que l'enfant possède à titre exclusif le droit d'intenter l'action, il peut arriver qu'indirectement d'autres personnes soient admises à exercer les poursuites en recherche de paternité. « Si la mère, ou un parent maternel qui doit l'entretien, le fournit à l'enfant, le droit de l'enfant à l'entretien contre le père passe à la mère ou aux parents maternels ». Cette

(1) Peyer *op. cit.* p. 102.

(2) Cf. H. Robert, *op. cit.* p. 258, 259.

disposition ne vise pas la transmission du droit d'intenter l'action, en cas de mort de l'enfant. C'est une hypothèse particulière à laquelle il est fait allusion. On suppose que la mère ou un parent maternel donne une aide pécuniaire à l'enfant naturel. Afin de leur permettre de rentrer dans leurs débours, le Code civil allemand éteint le droit personnel de l'enfant et le fait passer aux mains de la mère ou des parents maternels : il s'agit d'un cas de *subrogation légale*. Ceux-ci peuvent donc intenter l'action en leur propre nom. Il n'est apporté qu'une seule restriction à ce pouvoir. « On ne peut, dit l'article 1709 du Code civil allemand, faire valoir la transmission de ce droit au préjudice de l'enfant ». Le législateur a voulu, par ces termes, prévoir et résoudre le conflit possible entre le droit à l'entretien de l'enfant (*Unterhaltsanspruch*) et l'action en remboursement du subrogé (*Ersatzanspruch*). Il faut supposer que ce dernier, pour rentrer dans ses débours, pratique une saisie sur le traitement du père et que, de son côté, le tuteur de l'enfant fasse saisir les mêmes sommes pour assurer l'exécution de l'obligation alimentaire ; ce cas peut se produire notamment quand la mère n'a contribué que pour partie à l'entretien de l'enfant, et que par suite elle n'est subrogée que dans cette mesure aux droits de celui-ci. Le droit personnel de l'enfant subsiste pour le surplus de la dette. Ainsi, dans cette hypothèse, l'action de l'enfant et celle de la mère coexistent et s'exercent sur les mêmes sommes. Le Code civil allemand décide que dans le cas où le père ne peut satisfaire aux deux demandes, c'est le droit de l'enfant qui a la priorité (1), même si la saisie du subrogé a précédé celle de l'enfant. Il va sans dire que la mère et les parents maternels ne peuvent obtenir le remboursement de leurs dépenses que jusqu'à concurrence du montant de la pension alimentaire due par le père, conformément à l'article 1708 du Code civil allemand. Ils ne jouissent d'aucun droit de recours pour le surplus (2).

(1) Planck *ad art.* 1607 C. C. all. — Dernbùrg IV, p. 291 § 89. — Poetzsch. *op. cit.* p. 81.

(2) Voy. notre travail page 492

Le bénéfice de la subrogation est également accordé par une loi spéciale, aux caisses publiques de bienfaisance, qui auraient secouru l'enfant (1). Par contre, il ne saurait être étendu, ni aux autres parents non tenus de l'obligation d'entretien (par exemple le frère de la mère), ni à plus forte raison aux personnes étrangères à la famille (2). Ceux-ci ne peuvent poursuivre le recouvrement de leurs dépenses qu'en se conformant aux règles de procédure, qui régissent les actions en remboursement nées du mandat (Auftrag) article 662 du Code civil allemand ou de la gestion d'affaires sans mandat (Geschäftsführung ohne Auftrag). Naturellement en ce cas, le droit commun reprend son empire avec ses règles sur la compétence, la procédure et la prescription (art. 677, 687 C. civ. all.).

*
**

Nous avons examiné par quelles personnes pouvait être exercée l'action en recherche de paternité ; il nous faut

(1) Loi du 6 juin 1870 sur le domicile de secours, art. 62. Cette subrogation, consentie au profit des établissements de bienfaisance, qui ont recueilli l'enfant, était déjà très pratiquée en Suisse et en Angleterre. Dans ces pays, les communes, qui avaient la charge de l'enfant naturel et de la fille mère, avaient le droit de rechercher le séducteur ; elles y mettaient même un empressement exagéré. Les abus auxquels donna lieu cette coutume contribuèrent singulièrement à discréditer la recherche de la paternité dans certains cantons. Voy. notre travail page 75. Cf. C. civ. bernois art. 168. — Schwytz. *loi cit.* art. 3 ; Zurich. P. G. art. 699, al., 2 ; Schneider Kommentar zum zürch. P. Recht ad. art. 699, al. 2. — On avait proposé en France d'accorder ce droit à l'Assistance publique, quand la mère n'entre pas l'action et tombe avec son enfant à la charge de l'Assistance, voy. propos Martin. Ch. des Députés. Doc. parl. 1907 p. 354, n° 970, art. 3 et projet de M. Pouzol art. 3 al. 6. (page 548 de son livre). Cette solution ne paraît guère s'harmoniser avec la conception adoptée dans les pays latins relativement à la recherche de la paternité qui, à cause de son caractère privé, intime, personnel, est laissée à l'initiative des particuliers. Nous avons déjà insisté maintes fois sur cette idée au cours de ce travail, et sur la conception différente qu'admettent sur ce point les législations germaniques.

(2) Poetzsch. *op. cit.* p. 81, 82.

maintenant dire *contre* qui elle peut être dirigée. Il va de soi qu'elle est intentée le plus ordinairement contre le père présumé. Cette solution est si naturelle, qu'elle n'a pas besoin d'être justifiée. Il n'est apporté en général aucune restriction à cette règle. Peu importe, que le père soit mineur ; dans ce cas, il est représenté par son tuteur. Nous avons vu, en étudiant la loi française, qu'une action en paternité pouvait être valablement dirigée contre un mineur de 18 ans, c'est-à-dire contre un homme qui n'a pas atteint l'âge légal pour contracter mariage. Nous ne reviendrons pas sur ce point, que nous avons déjà traité (1). On trouve cependant dans certaines législations suisses, telles que le Code civil de Zurich, article 701 *a*, des dispositions d'après lesquelles la recherche de la paternité est interdite contre le défendeur qui n'avait pas 16 ans, à l'époque de la conception (2). Les législations modernes ne reproduisent pas ces mesures restrictives. Par contre, elles n'autorisent généralement pas l'action en paternité contre un homme marié. Une telle règle a moins pour but de mettre ce dernier à l'abri de toute poursuite, que de protéger la famille légitime, de sauvegarder son union et sa dignité. Mais nous touchons ainsi à la question de la filiation adultérine et incestueuse ; or, nous ne voulons pas l'aborder en ce moment, car les développements qu'elle nécessite nous entraîneraient dans une longue digression et nuiraient ainsi à la clarté de notre exposition. Qu'il nous suffise de dire que les pays latins interdisent généralement la recherche de la filiation adultérine et incestueuse, tandis qu'aucune prohibition ne la frappe dans les pays du groupe germanique. Il convient de signaler la solution originale du Code civil suisse. Il adhère en principe au système germanique, mais tandis qu'il ouvre largement sans restriction l'action alimentaire, il s'oppose à ce qu'une déclaration de paternité avec conséquences d'état, puisse être pro-

(1) Cf. notre travail pages 126, 127.

(2) Voy. Schaffour e, P. G. art. 200 a, Zùg. art. 63 a. Obwald, *lex cit.* 9 a. Argovie Code civ. 233. Berne (C. civ. art. 189) Fribourg *lex cit.* art. 55, 2.

noncée contre un défendeur, qui était déjà marié à l'époque de la cohabitation (art. 323, al. 2. C. C. S.). Cette disposition que nous étudierons plus en détail (1), est imitée de certaines législations cantonales, et paraît être d'inspiration française (2).

*
**

Mais arrivons à la question très importante de la transmission passive de l'action en paternité. Si nous avons constaté que les législations modernes se refusent généralement à autoriser le transfert de l'action en réclamation d'état aux héritiers de l'enfant, il semble au contraire, qu'elles admettent plus facilement que celui-ci puisse exercer l'action *contre les héritiers* du père présumé. Ainsi, la loi belge et l'ordonnance monégasque, bien qu'elles ne prévoient pas expressément cette hypothèse, ne renferment aucune disposition qui s'oppose à ce que l'action puisse être dirigée contre les héritiers du père, c'est-à-dire contre ceux qui continuent la personnalité du défunt ; il suffit que les délais impartis ne soient pas expirés. Le rapport au Sénat belge (3) et l'Exposé des Motifs de l'ordonnance monégasque (4), affirment d'ailleurs cette solution sans aucune hésitation. Le Code civil allemand contient sur ce point une disposition spéciale. « Le droit à l'entre-
« tien, dit l'article 1712, ne s'éteint pas par le décès du
« père ; il appartient à l'enfant, même si le père est décédé
« avant sa naissance ». Les législations des Etats particuliers de l'Empire décidaient généralement que l'héritier était tenu à la place du père (5). Les Codes espagnol et portugais prévoient également ce cas. Ils posent le prin-

(1) Voy. notre travail, pages 633 et suiv.

(2) Comp. Protokolle de *Com. Exp.* p. 392.

(3) Rapport au Sénat belge n° 109 p. 130. — Cf. Van den Heuvel *Chambre* 1906 n° 70, p. 86, 2^e col.

(4) *Exp. des Motifs de l'ord. monégasque*, p. 41.

(5) Land. Prussien, II, 2, art. 647, loi 24 avril 1854, art. 19. Bavière *lex cit.* art. 28, C. civ. saxon, art. 1873. Reuss, (branche aînée) *lex cit.* art. 13. Weimar *lex cit.* art. 8. Meiningen, *lex cit.* art. 26, Cobourg, *lex cit.* art. 11.

cipe que l'action ne peut être intentée que du vivant du père présumé. Mais ils apportent aussitôt à cette règle des exceptions très importantes : 1° si le père a succombé pendant la minorité de l'enfant, celui-ci peut intenter l'action dans les quatre années qui suivent sa majorité ; 2° si depuis le décès, on a découvert un document jusqu'alors inconnu, et contenant reconnaissance de l'enfant, l'action peut être intentée dans les six mois de la découverte (1).

La loi française du 16 novembre 1912 est muette sur cette question. Mais de nombreux passages des travaux préparatoires y font allusion. Malheureusement on en trouve dans les deux sens. Nous lisons dans le rapport à la Chambre : « Si l'enfant meurt, ses descendants n'héritent pas de « son droit, bien que leur intérêt soit analogue au sien, « puisque sa filiation est aussi la leur. D'autre part, la mort « du père doit sans doute emporter une prescription ana- « logue, quoique le nouvel article 340 ne s'explique pas sur « ce sujet » (2). Par contre, au cours des débats au Sénat, il a été plusieurs fois supposé par des orateurs, que l'action pouvait être intentée contre les héritiers du père (3). C'est ainsi que M. Richard, combattant un amendement qui donnait à l'enfant le droit d'agir après sa majorité, s'exprimait en ces termes : « D'autre part, d'après la loi — cela n'est « pas dit expressément, mais cela résulte des termes du « rapport — la recherche de la paternité pourrait être di- « rigée non seulement contre le père vivant, mais contre « ses héritiers. Mais si le père a disparu, si le fils prétendu « est en présence des héritiers de son père prétendu, com-

(1) C. civ. espagnol art. 137, C. civ. portugais, art. 133. Cf. projet italien Scialoja : art. 6, 2^e al. ; mais l'action doit être intentée 180 jours au plus tard après la mort de celui auquel la paternité est attribuée. Cette disposition qui est inspirée par le même esprit que les dispositions correspondantes des Codes espagnol et portugais a pour but d'éviter que l'action ne soit intentée trop longtemps après la mort du père et ne donne lieu à de regrettables scandales.

(2) Rapport à la Chambre, Viollette, 1911, p. 1439, *J. Off.* 16 janv. 1912.

(3) Cf. Guillier, Rapport au Sénat 1908 n° 369, p. 39, Chaumié, Sénat, Déb. *J. Off.* 15 juin 1910, p. 1505.

« ment les héritiers pourront-ils se défendre contre une
 « pareille action, alors que la plupart du temps, ils auront
 « ignoré les relations que leur père légitime aurait pu avoir
 « avec une autre femme que leur mère » (1). Et M. le garde
 des Sceaux, réfutant cette objection, fit la déclaration sui-
 vante, après avoir cité la disposition du Code civil espa-
 gnol, dont nous venons de parler : « Le rejet de l'amende-
 « ment de M. Ratier pourrait avoir le résultat suivant : les
 « parents sont décédés ; on produit un acte formel, caté-
 « gorique, aux termes duquel la paternité naturelle est re-
 « connue. Et vous interdiriez à cet enfant de s'adresser aux
 « tribunaux, pour faire établir son droit, résultant d'un
 « écrit portant en quelque sorte la signature de ses pa-
 « rents ! J'estime que ce serait là une conséquence dange-
 « reuse » (2). On pourrait citer encore d'autres passages
 du rapport au Sénat et des discours prononcés à la tribune
 de la Haute Assemblée, desquels il résulte clairement que
 l'action peut être intentée contre les héritiers du père. Sans
 doute, la question de la transmission passive du droit
 d'exercer l'action n'a jamais été abordée de front ; elle a
 toujours été effleurée incidemment, à propos de sujets di-
 vers. Cependant, on l'a toujours supposée résolue dans le
 sens de l'affirmative.

Aussi, contrairement à la déclaration de M. Violette, qui
 n'est jamais qu'une appréciation personnelle, et conformé-
 ment au droit commun, selon lequel toutes les actions se
 transmettent passivement, nous tenons pour certain que
 l'action en paternité peut être intentée *contre* les héritiers
 du père. Si le législateur avait voulu apporter une déroga-
 tion à cette règle, il l'eût déclaré expressément. Il a eu soin
 de dire que l'action n'appartient qu'à l'enfant, excluant
 ainsi tous les autres intéressés. Il n'a point dit qu'elle devait
 être intentée contre le père en personne. Enfin, la loi a ins-
 titué la recherche de la paternité en faveur de l'enfant.
 L'intérêt de celui-ci exige impérieusement qu'il soit se-

(1) Richard, Sénat, Déb. *J. Off.* 18 juin 1910, p. 1531. 3^e col.

(2) Garde des Sceaux, Sénat Déb. *J. Off.* 18 juin 1910, p. 1534, 1^{re}
 col.

couru, et qu'il obtienne un état civil complet, toutes les fois que sa filiation pourra être établie, que son père soit vivant ou décédé (1).

La question a été également résolue dans le sens de l'affirmative par le Code civil suisse. L'article 307, alinéa 3, dispose que l'action peut être intentée contre le père ou ses héritiers. La réponse est formelle. Mais elle a été faite, comme à regret. Le législateur fédéral a beaucoup hésité à consacrer cette solution. C'est qu'en effet, les Codes cantonaux se montraient généralement hostiles à cette idée de transmission passive de l'action en paternité. A Soleure (art. 174) et dans le Valais (art. 144, al. 2), l'action s'éteint à la mort du père. Ailleurs, elle ne lui survit que dans certaines hypothèses, limitativement énumérées. Il faut que l'affaire se présente dans des conditions particulièrement favorables, et que la paternité du défendeur apparaisse comme très probable. La plupart des cantons ne déclarent l'action recevable contre les héritiers que s'il existe une reconnaissance, un aveu écrit de paternité émané du défunt; la même faveur est accordée, lorsqu'il est intervenu entre la mère et le père défunt une promesse de mariage valable (*ein rechtsgültiges Eheverlöbniß*) (2). Fidèle

(1) En ce sens Wahl. *loc. cit.* n° 95, p. 71. — Brun *op. cit.* p. 136. — Lavollée, *op. cit.* p. 161. — Voy. Saint-Mihiel 30 avril 1913, *Gaz. Pal.* 1913, 1, 739, D. 1913, 2, 334; Autun 14 mai 1913, *Gaz. Pal.* 1913, 1, 741, D. 1913, 2, 338; Dijon (C. d'appel) 29 déc. 1913, *Gaz. Pal.* 1914, 1, 81, D. 1913, 2, 359. Voy. « attendus » de Rodez 12 janv. 1914, *Gaz. Trib.* 28 fév. 1914; Nancy 31 déc. 1913. *Gaz. Pal.* 1914, 1, 133. — Bordeaux 9 fév. 1914, D. 1914, 2, 44. — Comp. Cass. belge, 10 juillet 1913. *Pasicr.* 1913. 1.377.

(2) Voy. Argovie (C. civ. art. 232) Appenzell-Rh. ext. art. 23, Grisons C. civ. art. 77, Zurich, P. G. art. 700, Thurgovie, P. G. art. 201, Schwyz loi cit. art. 3. Schaffouse P. G. art. 265. Ces législations ne permettent la transmission passive de l'action que s'il est intervenu une promesse de mariage ou s'il existe une reconnaissance écrite de paternité. D'autres ne mentionnent que l'aveu, mais un aveu fait d'ordinaire devant une autorité publique ou constaté dans une forme authentique. Zug. art. 71 a. Obwald. lex. cit. art. 19 a. Berne (C. civ. art. 200). Lucerne loi cit. art. 12. Bâle Ville. E. G. O. art. 100. Uri. lex. cit. art. 61. Enfin le Code de Glaris, art. 198, permet de continuer

à cette tradition, l'avant-projet de 1900 n'admettait la transmission passive de l'action en paternité, qu'au cas où le père avait promis le mariage à la mère, ou fait l'aveu de sa paternité (1). Et M. Huber, rédacteur de ce projet, déclarait dans l'Exposé des Motifs : « L'action a un caractère trop personnel et trop intime pour qu'un tiers prenne la place du prétendu père » (2). Mais par la suite, le législateur fédéral se rappela que son rôle et son but étaient d'uniformiser et de simplifier autant que possible la diversité des règles en vigueur sur tout le territoire suisse ; il songea aussi, que l'action de l'enfant se trouverait trop souvent paralysée par l'adoption de règles restrictives ; aussi, celles-ci furent-elles définitivement supprimées par la Commission d'experts (3). Le Code civil suisse ouvre l'action, sans conditions, contre le père ou ses héritiers (art. 307, al. 3). Nous étudierons plus loin, quelles sont les conséquences pour les héritiers de cette transmission passive de l'action en recherche de paternité (art. 322 C. C. S.) (4). L'action peut être intentée contre les héritiers, quel que soit son objet, qu'elle tende à des prestations pécuniaires, ou qu'elle soit une action en réclamation d'état (5). Dans ce dernier cas, elle aura ordinairement pour but de recueillir une part de la succession du père défunt ; aussi, peut-elle être intentée contre les héritiers légaux ou testamentaires, contre les légataires universels et même contre l'Etat (6). Mais, l'existence d'une succession ne paraît pas être une condition indispensable de l'exercice de l'action ; (7) celle-ci peut avoir un objet autre qu'un intérêt pécuniaire.

l'action, qui n'avait pas pris fin lors de la mort du père, mais avec cette restriction que les héritiers ne sont tenus des obligations qui n découlent que jusqu'à concurrence du montant de l'hérédité. Pour plus de détails Voy. Huber *System*. t. I, p. 507.

(1) Art. 334 de l'*Av. projet*.

(2) *Exp. des Motifs du C. C. S.* (Huber) I, p. 225.

(3) *Com. experts*, p. 378.

(4) V. infra, page 541 et suiv.

(5) Peyer, *op. cit.* p. 103, — Egger ad art. 307, note 3.

(6) Curti Forrer. ad art. 307 note 12.

(7) Curti Forrer, *loc., cit.* — Comp. Egger ad art. 307, note 3, 2^e al.

Sans doute, l'action n'est ouverte que contre les « héritiers », mais on peut parfaitement être héritier de quelqu'un alors que la succession est nulle et même obérée. Le titre d'héritier est indépendant de la valeur de la succession. Par contre, il va de soi que l'action ne peut être intentée que si le défunt a laissé des héritiers. Ces dernières solutions que nous indiquons à propos du droit suisse, nous paraissent avoir une valeur générale.

C'est peut-être en étudiant ces questions de transmission active et passive de l'action en recherche de paternité, que l'on peut suivre avec le plus d'intérêt, les développements et les progrès de cette institution. Nous l'avons vue tout d'abord réservée exclusivement à la fille-mère : c'est le sort de la mère naturelle qui a apitoyé le législateur ; c'est en sa faveur, qu'il a permis la recherche de la paternité ; l'enfant n'est secouru qu'indirectement ; en vertu de la solidarité qui l'unit à sa mère, il souffre si celle-ci est abandonnée et misérable, mais il participe aussi aux ressources qu'elle peut avoir, et profite des subsides qu'elle reçoit de son amant. A ce stade de développement, l'action est seulement dirigée contre le père, car lui seul peut être rendu responsable du dommage qu'il a causé à la fille-mère. Mais peu à peu, le droit de l'enfant apparaît sous celui de la mère, il tend à s'en séparer, à devenir indépendant. L'action appartient concurremment à la mère et à l'enfant. Enfin, la différenciation s'achève, la rupture des deux personnalités se réalise. L'action en recherche de paternité est rigoureusement personnelle à l'enfant ; elle lui est réservée, elle est sa propriété exclusive, elle n'appartient qu'à lui, elle ne peut être exercée contre lui. Le législateur, en répétant ces formules, a voulu affirmer que c'était dans le seul intérêt de l'enfant, que l'action avait été créée et organisée.

Strictement personnelle à l'enfant, l'action ne peut être exercée par ses héritiers, qui poursuivraient la plupart du temps, un but exclusivement pécuniaire. Seul, le bien-être matériel et moral de l'enfant importe au législateur ; du moment qu'il n'en peut plus profiter, l'action est éteinte :

elle n'a plus de raison d'être. Au contraire, et pour les mêmes motifs, les héritiers du père peuvent être poursuivis et tenus à sa place. Le *leitmotiv* de toutes ces solutions, c'est toujours et uniquement l'intérêt de l'enfant naturel.



Une question fort délicate, qui se pose au sujet de la recherche de la paternité, est celle de la *renonciation* à l'action. D'abord, il est bien certain que la mère ne peut renoncer au nom de son enfant, et le priver du droit de faire établir sa filiation. Cette solution est certaine, lorsque l'action appartient concurremment à la mère et à l'enfant : chacun ne peut renoncer qu'à son droit et ne peut engager l'autre. Elle est non moins assurée, quand l'enfant seul est titulaire de l'action et que la mère est son représentant légal : celle-ci ne saurait renoncer à un droit qui ne lui appartient pas. De plus, il est interdit de compromettre et de transiger sur les questions d'état qui sont d'ordre public. Il paraît résulter de ce dernier principe, que l'enfant lui-même ne peut valablement renoncer à l'action : il ne pourrait s'engager à ne point poursuivre son père, quand même il eût reçu de ce dernier une somme d'argent, pour prix de son silence. En cette matière, la renonciation est nulle. Cette solution semble être incontestable. Cependant, certains tirent argument de ce fait, que l'action est soumise à la prescription. Or, l'on fonde d'ordinaire la prescription, sur l'idée de renonciation tacite. Il en résulterait, que la renonciation serait valable, à l'égard d'une action en recherche de paternité. Cette objection ne nous paraît guère sérieuse; elle repose sur une équivoque. En cette matière, la prescription n'a pas son caractère normal : elle a été exceptionnellement introduite pour des raisons très spéciales, telles que la crainte des scandales et des erreurs judiciaires. L'action a donc été enfermée dans des délais très restreints, et l'expiration de ces délais entraîne déchéance du droit d'agir. Il y a dans la prescription de l'action en re-

cherche de paternité une idée de déchéance. D'ailleurs, les auteurs belge et suisse n'hésitent pas à considérer les délais comme des délais préfix. Et puis, on peut se demander dans quelle mesure, il est juste dire que la prescription repose sur une renonciation tacite. L'ignorance ou l'éloignement peut être l'unique cause de l'inaction du titulaire du droit. Le véritable fondement de la prescription est d'ordre social. De même que la présomption, la prescription est un expédient inventé par le législateur, pour maintenir la stabilité dans les rapports sociaux. Il faut, autant que possible, des situations nettes, déterminées. De temps à autre, il est nécessaire d'opérer une sorte de liquidation du passé, afin qu'on ne puisse pas éternellement remettre toutes choses en question. Tel est le rôle de la prescription. Acquisitive, elle consolide la propriété; extinctive, elle considère la dette comme soldée, et arrête en quelque manière les comptes entre le créancier et le débiteur. Elle est une fiction nécessitée par la vie sociale; il convient donc de l'expliquer par des raisons sociales, et non point par des raisons individuelles, inventées après coup, et qui ne signifient rien. Le législateur ne s'est pas soucié de savoir, si tel individu avait ou non conclu un accord tacite, ou consenti une renonciation tacite. Il a imaginé et imposé la prescription comme une règle indispensable à la stabilité des rapports sociaux et au maintien du bon ordre. Si l'on va au fond des choses, on a vite fait de s'apercevoir que l'explication de la prescription par l'idée de renonciation tacite est absolument fantaisiste, et que les notions de prescription et de renonciation sont étrangères l'une à l'autre.

D'ailleurs, si l'on devait admettre la solution contraire, c'est-à-dire la validité de la renonciation à l'action en paternité, on autoriserait du même coup toutes les manœuvres déloyales auxquelles pourrait se livrer le père désireux de n'être point inquiété, et l'on irait certainement à l'encontre du but que s'est proposé le législateur. Ce but, c'est de faire prendre au père l'entière responsabilité de son acte. Mais ce serait bien mal comprendre l'esprit de la loi, et anéantir tous les bons effets d'une réforme géné-

reuse, si l'on devait admettre qu'un homme puisse, en offrant une somme d'argent d'autant plus faible, que la détresse de son enfant serait plus affreuse, se soustraire aussi facilement au plus sacré de ses devoirs (1).

Etant donné le caractère pécuniaire que présente dans les pays germaniques l'action en recherche de paternité, la question de la renonciation ne se pose plus dans les mêmes termes. Sans doute, le droit de l'enfant est réellement fondé sur le lien de parenté qui l'unit à son père. Mais s'il est interdit de compromettre ou de transiger sur une question d'état, il ne l'est point de conclure des arrangements sur les conséquences pécuniaires de l'action. Ainsi, le Code civil allemand dispose que la renonciation gratuite à l'entretien pour l'avenir est nulle et non avenue, (art. 1714). On en peut donc conclure, que la renonciation onéreuse est licite. En effet, dans ce même article, le législateur allemand autorise et réglemente les transactions relatives à l'obligation alimentaire. Nous étudierons plus loin, à raison des développements qu'elle comporte, cette importante question. De même, le Code civil suisse prévoit ces arrangements amiables dans l'article 319 : « L'ac-
« tion, dit-il, subsiste pour l'enfant, même après que la
« mère a transigé ou renoncé à l'intenter, si elle l'a fait
« dans des conditions manifestement préjudiciables aux
« intérêts de son enfant ». Les renonciations et transactions sont donc permises. Elles ne lient l'enfant, que si les intérêts de celui-ci n'ont pas été lésés. Les auteurs suisses considèrent généralement cette disposition, comme superflue. En effet, la mère ne peut transiger, au nom de l'enfant, qu'autant qu'elle est son représentant légal. Or, elle ne le sera ordinairement pas puisque le Code civil suisse connaît la curatelle obligatoire des enfants naturels (article 311). De plus, l'action étant accordée concurremment à la mère et à l'enfant, leurs droits sont indépendants, et celui-ci est libre d'agir, alors que sa mère qui n'a pas été autorisée à le représenter, a conclu quelque arrangement. Cet

(1) Voy. Wahl, *loc. cit.* n° 93 p. 69. — Brun, *op. cit.* p. 117. — Lavoillée, *op. cit.* p. 146.

accord ne lie pas l'enfant. Enfin, il est assez difficile de déterminer dans quelle mesure, les intérêts de l'enfant seront considérés comme lésés. C'est une question d'appréciation des tribunaux (1).

Les transactions sur le droit de l'enfant, n'offrent pas dans les pays germaniques, les gros inconvénients qu'elles entraîneraient dans les pays latins. Toutes dispositions sont prises, pour que les intérêts de l'enfant soient sauvegardés (2). Il est assisté, la plupart du temps, par un représentant légal. Le Code civil allemand par exemple, ne permet la transaction qu'entre le père et le tuteur, et l'autorisation du tribunal des tutelles est requise, à peine de nullité (art. 1704, Code civil allemand).

(1) Curti-Forrer ad art. 319, note 18. — Egger ad art. 319, note 7 c. — Peyer *op. cit.* p. 144. — *Schweiz Jur. Zeitung*, 1912, p. 177.

(2) On admet ordinairement la validité des contrats par lesquels la mère s'engage à ne pas livrer le nom du père, pourvu cependant qu'ils ne renferment pas de conditions immorales, telles que l'engagement de trahir la vérité ou de faire un faux témoignage (Peyer, *op. cit.* p. 147, note 2. — Egger ad art. 319, note 7 d. — Dernbùrg, *op. cit.*, § 89, note 3.

CHAPITRE III

PRESCRIPTIBILITÉ DE L'ACTION EN RECHERCHE DE PATERNITÉ

La question du délai dans lequel doit être intentée l'action en recherche de paternité est l'un des points les plus délicats et les plus discutés de cette matière si difficile. Il a fait l'objet, devant les Parlements des divers Etats, des plus vifs débats.

Tout d'abord, indiquons pour n'y plus revenir, une solution qui ne semble faire aucun doute. C'est que l'action en paternité ne peut être introduite qu'*après* la naissance de l'enfant. Celui-ci, ayant d'ordinaire l'exercice exclusif de l'action, le droit ne saurait exister indépendamment de son titulaire. Cependant, il convient de signaler à ce sujet la curieuse disposition du Code civil suisse : « L'action, dit l'article 308, peut être intentée avant ou « après la naissance de l'enfant (1) ». La chose est possible, car en Suisse l'action appartient concurremment à la mère et à l'enfant; elle peut en outre être exercée par un curateur spécial qui est nommé par l'autorité tutélaire, dès le jour où elle a connaissance de la grossesse de la mère (art. 311 du Code civil suisse). Cette mesure est en outre justifiée par l'extrême brièveté du délai dans lequel est enfermée l'action en paternité (1 an). Il est donc de ce fait, étendu à plus d'une année. Mais il est impossible de dire combien de temps avant la naissance, l'action peut être intentée; elle ne saurait l'être, en tous cas, avant que la demanderesse ne soit certaine de son état de grossesse (2). Il faut voir dans cette disposition exceptionnelle une application de la maxime : *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*. Il peut être

(1) Toutes les législations cantonales qui connaissaient la procédure d'office, avec déclaration de grossesse obligatoire, permettaient d'intenter l'action avant l'accouchement. Voy. notre travail p. 410 et s.

(2) Curti Forrer, *op. cit.* ad. art. 308, 2.

nécessaire, pour sauvegarder les droits de l'enfant, que l'on intente l'action le plus rapidement possible, afin qu'il reçoive des secours, dès le jour de sa naissance, il importe aussi d'éviter la perte de moyens de preuve précieux et de ne pas laisser échapper un défendeur qui cherche à fuir et à se cacher : ce dernier, que l'on croit disposé à un aveu, est gravement malade ; des témoins importants annoncent leur départ prochain pour un long voyage. Dans toutes ces hypothèses, l'utilité, la nécessité même d'intenter l'action le plus rapidement possible, est évidente (1). On permettra alors au demandeur d'invoquer des « preuves à « futur » (2). Cette faculté est assurément fort dangereuse, car il est déjà difficile d'établir la paternité d'un homme après la naissance de l'enfant ; à plus forte raison, l'est-il davantage à une époque, où la durée de la grossesse ne peut être déterminée de façon précise. Des difficultés sont également possibles, si l'enfant ne naît pas vivant ou si la mère donne le jour à deux jumeaux (3). Cette disposition exceptionnelle (4), très généreuse mais quelque peu imprudente, est spéciale au Code civil suisse. On ne la rencontre nulle part ailleurs. Cependant, nous verrons qu'en Allemagne et en Suisse, il est permis au demandeur de poursuivre le père, dès avant la naissance de l'enfant, pour obtenir des sûretés, article 1716, Code civil allemand, 321, Code civil suisse. Il y a là une sorte de débat provisoire sur la question l'aliments, qui rappelle de façon singulière, la règle de l'ancien droit français : *Virgini creditur...* Nous étudierons en détail ces intéressantes disposition (5).

(1) La mère et le curateur de l'art. 311 peuvent l'un et l'autre exercer l'action avant la naissance. Egger *op. cit.* ad art. 308, 1. — Rossel et Mentha *op. cit.*, T. I, p. 375. — Curti Forrer ad art., 308, 2., la réserve dans ce cas à la mère seule.

(2) Curti Forrer, *loc. cit.*

(3) Voy. Rossel et Mentha, *op. cit.*, I, p. 375.

(4) Cf. *Bulletin sténog.* XV, 1905, p. 838 (Huber), XV, p. 1207 (Hoffmann).

(5) Voy. *infra*, chapitre sur l'« Obligation alimentaire », p. 521 et s.

En Angleterre, l'action peut également être intentée pendant la grossesse de la mère.



Mais arrivons à la question la plus importante de ce chapitre : celle de savoir si l'action en recherche de paternité doit pouvoir être exercée à toute époque de la vie de l'enfant, ou si au contraire, elle doit être enfermée dans un délai restreint. On serait tenté de faire dépendre la solution de cette question de la nature de l'action en paternité. A-t-elle le caractère d'une action en réclamation d'état ? Elle est imprescriptible. Ne tend-t-elle qu'à des prestations alimentaires ? Elle peut être prescrite. Car si l'état considéré en lui-même est imprescriptible, il en est différemment des droits pécuniaires qui y sont attachés. Malheureusement, ce raisonnement est faux, nous allons bientôt pouvoir le constater ; on peut même dire, sans viser au paradoxe, que c'est plutôt l'inverse qui est la vérité. Ainsi, l'action en recherche de paternité, à laquelle les pays latins attribuent des conséquences relativement à l'état civil de l'enfant, est généralement soumise à un délai relativement court, tandis que cette même action, qui est purement pécuniaire, alimentaire dans les pays germaniques y est ordinairement imprescriptible.

On pourrait également prétendre, que la solution dépend de la théorie que l'on adopte sur le fondement juridique de l'action en paternité. Si l'on voit un délit dans le fait de la cohabitation hors mariage, il est logique d'appliquer à l'action en paternité les règles de la prescription usitées en matière d'actes illicites. Au contraire, si l'on admet que l'action en paternité a pour but de constater un lien de filiation entre le père et l'enfant, alors de par sa nature même cette action est imprescriptible. Car ce lien de parenté existe, indépendamment de tout acte, dès le jour de la naissance ; il peut être établi et révélé à toute époque de la vie de l'enfant. Cette distinction n'a aucune valeur ; car, ainsi que nous le verrons (1), la plupart des législations modernes ne reconnaissent à l'action en paternité d'autre fondement que la paternité réelle du défendeur,

(1) Voy. notre chapitre sur « le fondement du droit de l'enfant ».

et d'autre but que la constatation du rapport de filiation; or cela ne les empêche pas de soumettre l'action à un délai.

C'est dans des nécessités d'ordre purement pratique qu'il faut chercher la raison de cette règle exceptionnelle. On connaît le principe général, d'après lequel les actions en réclamation d'état sont imprescriptibles; il est formulé très nettement par l'article 328 du Code civil français. En effet, l'acte de reconnaissance, le jugement en paternité n'ont pas d'effet constitutif, mais seulement déclaratif; ils ne font que constater officiellement le lien de parenté qui unit le père et l'enfant, depuis le jour de la naissance. Ce rapport qui existe de lui-même, renouvelle à tout instant, l'intérêt juridique qui est exigé de quiconque veut intenter un procès. Suivant cette théorie, toutes les actions en réclamation d'état sont imprescriptibles. C'est la solution qui est consacrée en matière de recherche de maternité; un enfant peut, à quelque époque que ce soit, prouver l'existence du rapport de filiation qui l'unit à sa mère. Par contre, l'action en recherche de paternité échappe à cette règle. Elle est prescriptible dans la plupart des législations. On ne saurait justifier en droit une dérogation aussi manifeste aux principes les plus élémentaires du droit. Elle a été adoptée pour des motifs d'utilité pratique: la crainte des abus, la nécessité d'une solution prompte, que réclament à la fois les intérêts divers de l'enfant, de la mère et du défendeur lui-même. Tous les législateurs, français, belge, suisse, monégasque (1) s'accordent à donner les mêmes motifs pour justifier cette exception au principe de l'imprescriptibilité des actions d'état. Il paraît d'abord nécessaire, dans l'in-

(1) Pour la France: Voy. Guillier, Sénat, Déb. *J. Off.* 12 nov. 1910, p. 1738, 3^e col.; Rapport au Sénat, 1908 n° 369, p. 40; Rapport à la Chambre 1911, p. 48. — Pour la Belgique, Colaert rapporteur, Chambre, 1906, n° 69, p. 84; Carton de Wiart n° 69, p. 85; Van den Heuvel, n° 70, p. 86, 87. Rapport au Sénat, n° 109, p. 129. — Pour la Suisse, *Bulletin*, XV, p. 1205, Peyer *op. cit.*, p. 92, 93. — Mohr. *op. cit.*, p. 78, 79. — Pour la principauté de Monaco, *Exposé des Motifs de l'ordonnance du 3 juillet* 1907, p. 38.

térêt d'une bonne justice, que l'action en paternité soit intentée dans le plus bref délai après la naissance de l'enfant, c'est-à-dire après les faits allégués par le demandeur à l'appui de ses prétentions. La preuve de la paternité est d'autant plus facile à rapporter et les droits de la défense sont d'autant mieux assurés que les faits soumis à l'appréciation du tribunal sont plus récents ; le temps n'a pas encore effacé ni déformé les souvenirs ; les témoins n'ont pas disparu. Après de longues années, il serait aussi difficile d'établir la réalité des relations sexuelles que de faire valoir avec succès les exceptions d'infidélité et d'inconduite. En outre les soins que réclame la vie du nouveau-né exigent une solution immédiate et rapide ; c'est surtout dans les premiers mois, dans les premières années qui suivent sa naissance que l'enfant a le plus besoin d'être secouru et assisté. La forclusion de l'action par un court délai présente également cet avantage de prévenir les abus et de déjouer les manœuvres de chantage ; elle évite dans une certaine mesure les conséquences désastreuses que peut entraîner à l'égard de la famille légitime le fait pour un homme marié d'être actionné en recherche de paternité ; en tous cas elle le libère de la menace perpétuelle d'un grave procès qui eût été, toute sa vie durant, suspendu au-dessus de sa tête, comme une épée de Damoclès. « Es ist eine fatale Sache, den Vaterschaftsprozess wie ein Damoklesschwert über sich schweben zu sehen (1). A l'appui de ces raisons, dont on ne saurait nier la valeur, on invoque généralement le précédent que constitue en la matière la rapide prescription de l'action en désaveu ; les mêmes motifs réclament dans l'un et l'autre cas une solution prompte (Voy. art. 316 du Code civil français, 2 mois ; art. 253 du Code civil suisse, 3 mois). Toute cette question a été lumineusement exposée par M. Guillier dans son rapport au Sénat français : « Qui ne voit, disait-il, les dangers que présenterait un délai aussi long (toute la vie de l'enfant) imparti pour la justification et la vérification d'un acte physique que la na-

(1) Mohr, *op. cit.*, p. 78.

« ture a enveloppé d'ombres épaisses et que la science
 « elle-même ne peut éclairer ? Peut-on laisser indéfini-
 « ment un homme sous le coup d'une telle menace ? Le
 « plus sûr moyen d'empêcher le chantage n'est-il pas d'o-
 « bliger ceux qui peuvent revendiquer un état civil leur
 « conférant des droits contre un tiers à formuler leurs
 « réclamations, à le soumettre à la contradiction et à
 « l'examen de la justice, à ouvrir le débat qui doit défini-
 « tivement fixer leur situation respective, et cela dans
 « un laps de temps aussi court que possible. Lorsqu'un fait
 « est trop ancien, le plaideur de mauvaise foi a beau jeu
 « pour le déformer devant les magistrats... » — « Cette
 « innovation nous est commandée par l'intérêt des famil-
 « les et celui du défendeur... » (1).

On peut se demander si les raisons couramment invo-
 quées en faveur de la prescriptibilité de l'action en recher-
 che de paternité ont seules déterminé le législateur à ap-
 porter une aussi grave dérogation à un principe général
 de droit. Certains seraient fort disposés à voir là une
 manifestation des sentiments de défiance et de défaveur
 qui animent le législateur, à l'égard de toute recherche
 de paternité naturelle (2). S'il en était autrement, pour-
 quoi faire une différence entre l'action en déclaration de
 paternité et l'action en recherche de maternité ? L'une
 et l'autre font appel à des preuves également délicates et
 non moins périssables ; l'honneur d'une femme aurait-il
 moins besoin de protection que l'honneur d'un homme ?
 Jamais on ne parviendra pas à expliquer et à justifier
 cette différence de traitement. Nous croirions volontiers,
 qu'il faut voir la raison de cette anomalie dans ce fait, que
 la recherche de la paternité est dans la plupart des légis-
 lations modernes, une nouveauté, une innovation. La re-
 cherche a été interdite pendant longtemps ; brusquement
 on l'autorise. Or, les esprits n'y sont pas encore préparés ;
 certains seraient tentés d'abuser de la réforme et de n'y

(1) Rapport au Sénat français, 1908 n° 369, p. 39. — Cf. Sénat, Guillier, *J. Off.* 12 nov. 1910, p. 1738.

(2) Voy. Wahl. *loc. cit.*, n° 84, p. 65.

voir qu'un merveilleux instrument de chantage. Il convient donc d'être prudent, de ne pas introduire brutalement dans un pays une institution aussi dangereuse ; il faut donner aux individus le temps de s'adapter à cette idée nouvelle, de s'y accoutumer, d'être eux-mêmes pénétrés et modifiés par elle ; en un mot, il faut attendre que l'éducation se fasse relativement à cette réforme audacieuse. Et peut-être alors, mais alors seulement, pourra-t-on se départir de cette prudence, de cette réserve, étendre la longueur des délais, et enfin uniformiser la législation en rendant également imprescriptibles l'action en recherche de paternité et de maternité. Cette opinion nous semblerait confirmée d'abord par ce fait, que la recherche de la maternité qui n'a jamais été interdite n'est soumise à aucune prescription ; en outre, il convient de remarquer que c'est précisément dans les pays où, après avoir été interdite de façon générale ou sur certains points du territoire, la recherche de la paternité a été ensuite autorisée, que l'action est enfermée dans des délais restreints : il en est ainsi en France, en Belgique, en Suisse, en Hollande, à Monaco, en Italie (projet Scialoja). Au contraire, en Espagne et en Portugal qui appartiennent cependant au groupe latin, que l'on dit en principe hostile à l'autorisation de la recherche, l'action est absolument libre de toute entrave ; c'est qu'en effet, les Codes espagnol et portugais n'avaient pas admis la règle prohibitive de l'article 340 du Code Napoléon : ils ont toujours connu la recherche de la paternité. Enfin, dans la plupart des pays germaniques où elle ne fut jamais interdite, l'action est imprescriptible (Allemagne, Autriche, Suède, Danemark, Norvège, etc.). Cette idée, que nous croyons fort juste, est également indiquée, d'une façon très rapide, dans un ouvrage suisse récent : « Est ist nicht recht einzusehen, dit M. Mohr, warum plötzlich der Gesetzgeber, nachdem er jahrhundertlang gar zu sehr auf den beglückten Rücksicht genommen hat, nun plötzlich ins andere Extrem verfallen soll » (1).

(1) Mohr, *op. cit.*, p. 79.

*
**

Il ne suffit pas de déclarer prescriptible l'action en recherche de paternité ; il faut encore déterminer la *durée* de la prescription, et la longueur du délai. Sur ce point, les controverses renaissent, et il y a autant de solutions que de législations différentes. Dans les unes, il est extrêmement court (1 an) ; le défendeur ne s'en plaint pas, mais il est à craindre que l'enfant ou son représentant n'ait pas le temps nécessaire pour intenter l'action. Dans d'autres, il est beaucoup plus long et peut s'étendre sur une période de plus de 25 années.

Une des législations les plus rigoureuses sur ce point, est assurément le Code civil suisse (1). Il n'accorde à l'enfant que le délai minimum d'un an après sa naissance (art. 308 Code civil suisse). Et encore, il faut considérer cette disposition si peu généreuse soit-elle, comme une véritable victoire des partisans de la recherche de la paternité (2). Si l'on consulte sur ce point les travaux préparatoires, on s'aperçoit qu'elle a été très péniblement élaborée ; elle a provoqué d'interminables débats et des hésitations sans nombre. C'est qu'en effet, une extrême diversité régnait sur ce point dans les législations cantonales. Cependant, si la durée de la prescription est très variable, elle est en général très courte. Le plus long délai de toute la Suisse est de 5 ans ; il est édicté par le Code civil du Valais, et cela seulement, dans le cas exceptionnel, où il serait prouvé que l'individu désigné comme père de l'enfant, ait donné à celui-ci une suite de soins, d'où l'on puisse inférer sa paternité (Code civil du Valais, article 145 (3)). Dans tous les autres cantons, la prescription de

(1) On avait proposé de ne soumettre l'action à aucun délai. Cf., *Protocole de la Commiss. d'Experts*, p. 377, *seq.* Bulletin XV, 1905, p. 1205.

(2) Le délai d'un an n'était connu en Suisse que dans les législations de Lucerne (*lex cit.*, art. 6, Fribourg, *lex cit.*, art. 52, Argovie C. civ., art. 234.

(3) Le délai normal dans le Code du Valais est de 3 mois (art. 145).

l'action est sensiblement plus rapide ; le délai est de quelques mois seulement (généralement 3 ou 4) (1).

Il n'est pas sans intérêt de rechercher les multiples transformations qu'ont subies, à travers les Commissions et les Conseils, la longueur et les conditions du délai. Qu'il nous soit permis, de retracer brièvement cette curieuse évolution. L'avant-projet de 1900 avait fixé un délai de 3 mois seulement, mais ce délai n'était pas péremptoire et, conformément à la pratique des législations cantonales (2), le législateur accordait une prolongation, toutes les fois que la mère pourrait justifier son retard par un motif plausible (3), tels que le changement de domicile

(1) Il est de 4 mois à Zoug, art. 62 ; 3 mois à Berne (C. civ. art. 182) mais si le défendeur se trouve à l'étranger, l'action peut être intentée pendant toute l'année qui suit son retour. (C. civ. art. 187). Le délai est exactement de 90 jours à Saint-Gall (loi du 1^{er} juillet 1886, art. 6) ; à Bâle, E. G. O., art. 96 avec prolongation d'un an en cas d'absence de la mère. Il est de 6 semaines dans le Code des Grisons (art. 71). A Zurich (C. civ., art. 698, Schaffouse, art. 255, Thurgovie, P. G., art. 187, Appenzell Rh. ext. Famil. recht., art. 20, l'action n'est ouverte que pendant le temps de la grossesse. Le Code Civil suisse pouvait donc sans inconvénients, permettre d'intenter l'action, dès avant la naissance. Mais dans ces législations, un délai de 6 semaines après la naissance est exceptionnellement accordé, quand la paternité a été reconnue par le père de façon formelle et par écrit, ou s'il y a eu promesse de mariage entre le père et la mère. Il existe enfin, une cause spéciale de péremption de l'action dans les cantons qui pratiquent la procédure d'office (*Von Amteswegen*) avec déclaration obligatoire de grossesse dans un certain délai aux autorités compétentes : l'inobservation de cette formalité entraîne d'ordinaire la perte du droit d'intenter l'action, ou de prêter serment. Voy. loi de Schwytz, art. 15, Obwald., *lex cit.*, art. 3 à 5, Nidwald, *lex cit.*, art. 7, St-Gall, *lex cit.*, art. 11 (la déclaration doit être faite avant la première moitié du 7^e mois). Argovie (Code, art. 216, 218 : au moins 30 jours avant l'accouchement. Glaris (P. G., art. 186 : dans les six premiers mois) Berne (C. art. 186. — Fribourg, *lex cit.*, art. 53 : 30 jours avant l'accouchement) Cf. notre chapitre sur la « Procédure », p. 410 et suiv.

(2) Cf. législations citées à la note précédente. La plupart prévoient expressément les différents cas d'excuse. Le Code des Grisons (art. 71) accorde une prolongation, sans la soumettre à aucune condition particulière).

(3) Art. 335 de l'Avant-projet.

du défendeur, les attermoiements et les promesses fallacieuses de celui-ci. La Commission d'Experts, malgré la protestation de M. Weber (1) qui réclamait un délai d'une année maintenant la solution de l'avant-projet, qui fut également admise par le Conseil fédéral (2). Quant au Conseil national, après avoir repoussé les propositions de MM. Brosi et Zürcher qui réclamaient aussi un délai d'une année, il consentit à le prolonger jusqu'à 6 mois, avec droit d'excuse, en cas de retard dûment justifié (3). Enfin le Conseil des Etats était d'avis d'accorder un délai de 6 mois après la naissance et un droit d'excuse pendant une année (4) ; mais il introduisait cette importante innovation qui consistait à permettre d'intenter l'action dès avant la naissance de l'enfant. D'autre part, les Associations protestantes, catholiques suisses et l'Union féministe réclamaient vivement un délai d'une année (5). Après de longues discussions, on finit par se rallier au texte suivant, qui est celui de l'article 308 du Code civil suisse : « L'action peut être intentée avant ou après la naissance de l'enfant ; elle doit l'être au plus tard, un an après la naissance ». Ainsi le législateur a satisfait les vœux des défenseurs de la cause de l'enfant naturel, mais cette libéralité très relative a pour contre-partie le caractère péremptoire du délai. Sous aucun prétexte, pour aucun motif ce délai ne peut être étendu. Il est de rigueur ; il est fatal. Le Code civil suisse a ainsi rompu avec le systè-

(1) *Protoc. de Commiss. d'Experts*, p. 377, 379.

(2) Art. 317 du projet du Conseil Fédéral.

(3) *Bulletin*, 1905, XV, p. 830, 838, 840. On cite comme principales causes d'excuse, celles où l'action a été intentée devant un tribunal incompetent, où la mère, sans qu'aucune faute puisse lui être reprochée, est dans l'impossibilité absolue d'exercer l'action : par exemple, elle est devenue folle à la suite du viol ou de l'enlèvement commis sur elle. Le droit Zurichois admet l'excuse, quand le séducteur a réussi par des manœuvres perfides, à empêcher la mère d'intenter le procès en temps utile. Voy. Schneider, *Commentaire du C. civ. Zurichois*, ad art. 698, 3.— Cf. Vaud, C. civ. art. 145, Berne C. civ. art. 186. Fribourg, *lex cit.*, art. 53.

(4) *Bulletin*, XV, p. 1190, 1197, 1204.

(5) *Bulletin*, XV, p. 829. — Voy. Reininghaus, *op. cit.*, p. 6 et 7.

me nécessairement arbitraire des excuses (1). Cette solution a l'avantage d'être plus nette, mais ne se heurterait-elle pas à la coutume de tolérance, consacrée en Suisse par une longue tradition ? D'ailleurs, certains auteurs n'hésitent pas à affirmer que, s'il existe des motifs d'excuse importants et valables, on peut permettre au demandeur d'intenter l'action même après l'expiration du délai, bien que la loi ne mentionne pas expressément la possibilité d'une prolongation (2). On cite les cas, où la mère a été empêchée d'agir par suite de dol, de violence ou d'erreur. Et, assimilant une fois de plus l'action en recherche de paternité à l'action en désaveu, on fait application à notre matière de la disposition de l'article 257, 3^e al. du Code civil suisse aux termes duquel « l'action en désaveu » peut encore être intentée après l'expiration des trois « mois, lorsque de justes motifs rendent le retard excusable ». Il faut supposer que le retard est complètement excusable, et que le demandeur n'a aucune faute à se reprocher : il était, pour des raisons physiques ou morales, dans l'impossibilité d'exercer l'action dans les délais impartis (3). La preuve de ces faits serait naturellement à la charge du demandeur, et soumise à la libre appréciation des tribunaux. Cette interprétation de la disposition du Code civil suisse est séduisante par sa libéralité ; elle éviterait que le demandeur ne fût injustement privé d'un droit qu'il n'a pu exercer, elle atténuerait la rigueur du délai très bref de l'article 308, et elle permettrait aux législations cantonales de rester fidèle à l'esprit généreux et bienveillant de leurs vieilles coutumes.

Quoi qu'il en soit, il est une hypothèse dans laquelle il est certainement possible de poursuivre le père, après

(1) Rossel et Mentha, *op. cit.*, I, p. 375.

(2) En ce sens, Egger, *op. cit.*, ad art. 308, n^o 2 b. — Curti Forrer *op. cit.*, ad art. 308, n^o 3, cf. ad art. 257, n^o 16, 17. — *Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen*, T. XVIII, p. 229. — *Schw. jurist. Zeitung*, p. 166 : jugements de la cour suprême de Zurich. — Contra : Mohr *op. cit.*, p. 80. Rossel, *Bull.* XVII, p. 272, Rossel et Mentha, *loc. cit.*

(3) Voy. faits cités à la note 3 de la page 360.

l'expiration du délai d'un an. Il s'agit du cas où la mère s'appuyant sur les articles 50 et suivants du Code des Obligations, actionne le père prétendu en dommages intérêts à raison du dol, de la violence, de la séduction, bref de tout moyen illicite employé par celui-ci pour arriver à obtenir ses faveurs. Il suffit que cette action soit intentée au plus tard, un an après que la mère a découvert la manœuvre frauduleuse, dont elle a été victime, ou a eu une connaissance parfaite de son séducteur (1) : on suppose le cas où la mère est devenue folle et recouvre un jour l'usage de son esprit, à celui où le séducteur disparaît et n'est découvert que quelques années après etc... Grâce à cette action d'un caractère spécial, la mère peut réclamer des dommages-intérêts, non seulement pour réparer le préjudice moral et pécuniaire que lui a causé la grossesse, mais encore pour l'indemniser des dépenses que lui a occasionnées l'entretien de l'enfant (2). Sans doute, ce n'est pas l'action en recherche de paternité qui est exercée dans cette hypothèse, mais c'est du moins, une action qui a pour effet de contraindre le séducteur à supporter une partie des charges que lui impose son acte illicite ; et cette action n'est pas enfermée dans le délai d'un an après la naissance de l'enfant, que fixe l'article 308 du Code civil suisse.

Le délai d'un an de l'article 308 du Code civil suisse est le même, que l'action tende à des aliments ou à une déclaration de paternité, qu'elle soit exercée par la mère, l'enfant ou le curateur contre le père ou ses héritiers. Il peut paraître assez court, surtout si l'on prétend que le délai est péremptoire et fatal. Mais la rigueur de cette disposition est tempérée par ce fait, que l'action est confiée à la fois à la mère et à l'enfant et que l'autorité tutélaire exerce sur les mineurs une surveillance constante et efficace. D'autre part, on sait que l'enfant naturel est toujours assisté d'un curateur spécialement chargé de poursuivre

(1) Art. 60 du C. des Obligations.

(2) Weiss. *Zeitschrift f. schweiz. Recht*, XV, p. 32, seq. — *Bl. für H. E.*, loc. cit. — Rossel, *Manuel du Code fédéral des obligations* p. 76. — Peyr, *op. cit.*, p. 95, note 2, et pp. 22, 23.

l'action en recherche de paternité (1). Toutes les mesures sont prises pour que les intérêts de l'enfant soient sauvegardés.

Il est bien entendu, que le droit de réclamer le paiement des rentes alimentaires échues n'est pas soumis à cette prescription d'un an, mais à la prescription de 5 ans, prévue à l'article 147, 2^e alinéa du Code des Obligations (art. 128, al. 2 du Code révisé). Les deux questions sont tout à fait indépendantes. Nous aurons d'ailleurs, l'occasion de revenir sur ce point (2).

La loi française du 16 novembre 1912 a réglé, de la façon suivante, la question du délai de l'action : « Elle devra
« à peine de déchéance, être intentée dans les *deux* années
« qui suivront l'accouchement. Toutefois, dans les cas
« prévus aux paragraphes 4 et 5 ci-dessus, l'action pourra
« être intentée jusqu'à l'expiration des deux années qui
« suivront la cessation, soit du concubinage, soit de la
« participation du prétendu père à l'entretien et à l'édu-
« cation de l'enfant... Si l'action n'a pas été intentée pen-
« dant la minorité de l'enfant, celui-ci pourra l'intenter
« pendant toute l'année qui suivra sa majorité » (alinéas 11, 12 et 14 de la loi).

Ainsi, après une période d'activité, l'action devient indisponible, puis elle revit un instant et s'éteint définitivement. Singulier système, dont l'incohérence paraît irréductible. D'une part, on nous dit que l'action doit être intentée peu de temps après la naissance, qu'à cette seule condition le débat sera loyal et sérieux, et d'autre part, on permet à l'enfant d'intenter l'action à sa majorité. Comment concilier ce principe général et cette disposition particulière ? C'est bien le rapporteur qui avait dit au Sénat : « Si vous accordez un délai très long entre le moment
« de la naissance et celui où l'action pourra être intentée,
« vous placez le défendeur dans une situation qui sera
« parfois extrêmement embarrassante. Quand le fait à
« élucider est récent, le défendeur peut avoir à sa dispo-

(1), Voy. Mohr, *op. cit.*, p. 79.

(2) Cf. notre chapitre sur « l'Obligation alimentaire », p. 549.

« sition des témoins, des renseignements, des documents,
 « il peut résister à une attaque injuste. Mais au bout de dix
 « ans, de quinze ans, après un long délai, les témoins ont
 « disparu, les preuves se sont évanouies ; le défendeur se
 « trouve en face d'un adversaire qui a choisi son heure, et
 « préparé ses moyens d'attaque. Lui, il est surpris, désarmé
 « parfois, à un moment où il croyait n'avoir rien à redou-
 « ter » (1). Pourquoi donc alors, si les paroles du rappor-
 teur sont l'expression de la vérité, avoir permis d'intenter
 l'action non pas seulement dix ans, quinze ans, mais plus
 de vingt ans après la naissance de l'enfant ? La contradic-
 tion est flagrante et irrésoluble. N'y aura-t-il pas des indi-
 vidus qui se prétendront les fils d'hommes riches et con-
 sidérés, dans le but de partager leur nom, leurs biens, leur
 fortune ? Ils auront eu dans les quelques années qui ont
 précédé leur majorité, le temps nécessaire pour préparer
 cette attaque brusque, imprévue. Et le défendeur, comme
 le dit fort bien le rapporteur, sera surpris, désarmé. Faute
 de preuves, il ne pourra opposer l'une des fins de non re-
 cevoir ; pourra-t-il établir que la mère a cohabité avec
 d'autres hommes, quand ces faits remontent à plus de
 vingt ans en arrière ? Tels sont précisément les périls qu'on
 a voulu écarter, en repoussant le principe de l'imprescrip-
 tibilité de l'action. Mais alors, ou le danger est réel, et il
 faut enfermer l'action dans un délai relativement court,
 en tous cas continu, ou bien les craintes sont exagérées, et
 il est inutile d'apporter une exception à la règle de l'im-
 prescriptibilité des actions d'état.

On n'a pas manqué au Sénat de reprocher au rappor-
 teur les contradictions de son système, et de le critiquer
 vivement (2). Pour comprendre le caractère hybride de
 cette disposition, il faut, croyons-nous, la considérer
 comme la juxtaposition peut-être malheureuse, de deux
 idées différentes. D'une part, on était bien résolu à assi-
 gner à l'action en paternité un délai très rapide. Le projet
 de la commission sénatoriale n'accordait qu'une année

(1) Guillier, Sénat. Déb. parl. *J. Off.* 12 nov. 1910, p. 1738, 3^e col. —
 Rapport au Sénat, 1908 n^o 369, p. 40.

(2) Voy. Sénat, Déb. *J. Off.* 18 juin 1910, p. 1533, 1534.

après la naissance (1) ; on consentit cependant, au cours de la première délibération, à le porter à deux années. A ce moment le système était parfaitement logique. Mais on s'aperçut que si les intérêts du défendeur étaient efficacement protégés, il n'en était pas de même de ceux de l'enfant. Il peut arriver que celui-ci ait à souffrir de l'ignorance ou de l'inaction coupable de la mère : elle a pu s'abstenir d'agir pour des raisons très diverses : absence de notions précises sur ses droits, crainte d'engager un procès, ignorance, négligence. La cause de son silence peut également résider dans une entente secrète avec le père qui l'aura trompée par de fallacieuses promesses ou qui se sera engagé à subvenir plus ou moins régulièrement aux besoins de l'enfant. Parfois aussi la mère se taira parce qu'elle cherchera à rester en faveur auprès de son amant ; l'amour charnel aura triomphé de l'amour maternel ; l'enfant sera sacrifié, peut-être abandonné. Il était donc inique que le principal intéressé n'eût pas l'exercice de l'action et que celle-ci lui fût retirée, avant même qu'il ait pu en faire usage. C'est alors qu'intervint l'amendement Ratier (2), qui eut précisément pour but de permettre à l'enfant d'intenter l'action pendant toute l'année qui suit sa majorité. Mais avec cette nouvelle disposition, dont l'utilité n'était cependant guère contestable, c'était l'incohérence qui s'introduisait dans le système de la loi. Car l'action, d'abord ouverte pendant un délai assez court, passe à l'état latent et entre à nouveau en activité au bout de vingt ans, pour disparaître ensuite définitivement. Jamais l'on ne comprendra comment un débat pourrait être « sérieux » et « loyal » pour employer les expressions du rapporteur, vingt ans après les événements, s'il ne peut l'être seulement dix ou quinze ans après. Qu'a donc de

(1) Projet de la commission sénatoriale, art. 4. — Projet Rivet et Bérenger, art. 5. — M. Louis Martin tenta vainement de porter le délai à 5 ans. Sénat, Déb. *J. Off.* 12 nov. 1910, p. 1738 et réponse de M. Guillier.

(2) Sénat, Déb. *J. Off.* 18 juin 1910, p. 1531. Une longue discussion s'engagea sur ce point, certains sénateurs s'effrayant de cette résurrection de l'action après 20 années, pp. 1532, 1533.

plus particulièrement dangereux cette période comprise entre les quelques années qui suivent la naissance de l'enfant et l'année de sa majorité ? Le plus curieux, c'est que l'action pourra aussi être intentée au cours de cette période, au cas où certaines circonstances d'une réalisation relativement fréquente se trouveront réunies. Ainsi, après avoir repoussé le principe de l'imprescriptibilité, pour cette raison supérieure qu'un court délai était la garantie la plus sûre de la loyauté et de la sincérité du débat, on a peu à peu élargi les limites de ce délai et enfin, sous peine de refuser l'action à l'intéressé lui-même, on la fait revivre vingt et un ans après sa naissance ! Et voilà comment, balancé entre deux tendances divergentes, secrètement effrayé par la réforme même qu'il réclame, à la fois audacieux et timoré, le législateur adopte des solutions hybrides, contraires à la légitimité du droit et à la réalité des faits (1).

Les solutions données sur ce point par les législations belge et monégasque, nous paraissent de beaucoup préférables et surtout plus rationnelles. Elles consistent à prolonger pendant toute la minorité de l'enfant, sans interruption, le délai dans lequel l'action peut être intentée (2). Elle n'est prescrite, d'après l'ordonnance monégasque, qu'une année après la majorité de l'enfant (art. 236 *ter*). La loi belge porte le délai à cinq ans (art. 341 *b*, 2^e al.). Le projet de la Section centrale et la première rédaction de l'ordonnance monégasque respectaient le principe de l'imprescriptibilité des actions d'état (3). C'est sur les instances d'un certain nombre de députés et du ministre de la justice, et pour des motifs d'utilité pratique, que nous avons déjà mentionnés, que la Chambre belge se décida à soumettre à un délai l'exercice de l'action en paternité.

(1) M. Guillier tenta une justification assez faible de ce système. Sénat, Déb. *J. Off.* 18 juin 1910, p. 1533, 3^e col.

(2) Voy. en ce sens les projets français Béranger 1879, art. 2 ; Rivet 1883, art. 5 : l'action se prescrit par 6 mois, à dater de la majorité de l'enfant.

(3) Cf. art. 9 du projet de la Section centrale ; art. 7 du projet Van Berchem ; *Exp. des Motifs* (ord. monégasque, p. 38).

Le point le plus délicat et le plus discuté consistait à fixer la longueur du délai. La loi belge dispose, que l'action ne peut être intentée après les cinq années qui suivent la majorité de l'enfant. C'est seulement dans le cas de possession d'état, que le délai est prolongé jusqu'à l'expiration de l'année qui suit le décès du père prétendu (article 341 *b*). Ainsi le représentant légal de l'enfant peut agir en son nom, pendant toute la minorité de celui-ci, sans interruption, et l'enfant a encore l'exercice de l'action pendant les cinq années qui suivent sa majorité. Le délai est donc, en définitive, de vingt-six ans dans la loi belge et de vingt-deux ans dans l'ordonnance monégasque.

Ces dispositions ne furent adoptées qu'à la suite de longs débats. M. de Sadeleer avait proposé un système restrictif et compliqué, qui n'accordait qu'un délai de trois ans après la naissance de l'enfant, sauf à le prolonger dans certaines hypothèses ; dans le cas de concubinage, la prescription ne courait que du jour où la vie commune a cessé ; s'il y avait eu acte criminel, elle ne comptait qu'à partir du jour de la condamnation ; en cas de possession d'état, l'enfant pouvait l'intenter dans les trois ans qui suivaient sa majorité (1). Cet amendement fut rejeté avec raison. Le législateur belge tint à rappeler que l'imprescriptibilité de l'action d'état est la règle et qu'on ne doit porter atteinte à ce principe que dans la mesure seulement où les intérêts de la famille et de la société le réclament. En outre, il importe de faire une loi efficace. Si l'on réduit de façon excessive les délais de l'action, on la rend impraticable, et, en fait, on interdit la recherche de la paternité (2). Le délai de cinq ans a été choisi en Belgique, d'abord pour une raison de concordance législative (c'est un motif qui paraît jouer un rôle important au Parlement belge) : en effet, en vertu de l'article 329 du Code Napoléon, l'enfant qui meurt âgé de plus de vingt-six ans, sans avoir agi, est censé

(1) De Sadeleer, *Chambre belge*, 1906, n° 69, p. 81 ; Hoyoïs, n° 69, p. 80.

(2) Voy. *déclarations de Colaert, rapp., Carton de Wiart, Chambre belge*, 1906 n° 69, p. 84, 85 ; Renkin, n° 70, p. 86 à 90.

avoir renoncé à son action (1). Mais il faut y ajouter un motif d'équité : si l'on veut que le droit de l'enfant ne soit pas un leurre, il faut lui donner le temps d'agir, en pleine connaissance de cause, de réunir les renseignements nécessaires, d'apprécier les avantages que lui vaudront le succès de l'action et les chances qu'il a de mener à bien le procès (2). Il est indispensable que le principal intéressé ait le plein exercice de l'action et qu'il puisse la poursuivre avec fermeté, car ces sortes d'affaires soulèvent des questions si délicates que le représentant légal et la mère n'ont pas toujours leur pleine liberté d'agir et défendent parfois mollement la cause de l'enfant. Cette faculté, accordée à l'enfant, d'exercer lui-même l'action à sa majorité, est d'autant plus nécessaire que dans les pays latins l'enfant naturel n'est l'objet d'aucune surveillance spéciale de la part de l'autorité tutélaire et qu'aucun représentant légal n'a la mission expresse d'intenter l'action en paternité.

Par contre, le législateur belge a été beaucoup moins heureux quand il s'est occupé de régler la question du délai de l'action alimentaire (3). A la différence du Code civil suisse, qui fixe un délai unique d'un an, quels que soient l'objet et le but de l'action, la loi belge distingue l'action en réclamation d'état, qui peut être introduite pendant une période de vingt-six ans, et l'action alimentaire qu'il a enfermée dans le délai beaucoup plus court de trois ans (art. 340 *e*). Pourquoi cette différence ? Elle ne saurait tenir au caractère pécuniaire de l'action, car malgré le peu d'étendue de ses effets, elle est fondée sur le rapport de filiation qui existe entre le père et l'enfant ; et le législateur a dit les raisons qui le déterminaient à contredire le principe de l'imprescriptibilité des actions d'état. Mais ce qu'il y a d'illogique dans le système belge, c'est d'assigner un délai différent et même beaucoup plus bref à l'action alimentaire qu'à l'action en paternité.

Cependant c'est dans ce dernier cas que le danger pa-

(1) Van den Heuvel, *min. de la just. Chambre belge* n° 70, p. 89, 1^{re} col. — Colaert, Mabilie, n° 70, p. 88.

(2) Van den Heuvel ; Colaert, *loc. cit.*

(3) Rapport au Sénat, n° 109, p. 129.

rait être le plus redoutable et les conséquences d'une erreur plus désastreuses. Tout cela est bien peu cohérent. On a fait valoir qu'en fait, l'action alimentaire sera toujours intentée dans les temps qui suivront immédiatement la naissance, car c'est surtout à ce moment que la mère sentira le plus lourdement les charges que lui impose l'entretien de l'enfant. Mais cette raison est si peu sérieuse qu'on a dû prévoir (1) le cas où de perfides séducteurs rempliraient spontanément leur devoir pendant les premières années, avec l'arrière-pensée d'abandonner la mère et l'enfant, dès que ceux-ci auraient perdu le droit de s'adresser aux tribunaux. Et alors, pour prévenir cette fraude, on a stipulé que dans le cas où le père aurait pourvu directement ou indirectement à l'entretien de l'enfant, l'action alimentaire pourrait être intentée dans les trois années qui suivront la cessation des secours (art. 340 e). Mais une telle disposition peut nous reporter à dix, quinze ans après la naissance, c'est-à-dire après les faits, dont il s'agit de vérifier l'exactitude ; si donc il est vrai qu'il est difficile, pour le demandeur, d'établir la réalité des relations, et pour le défendeur de prouver le bien fondé de ses moyens de défense, quand les faits remontent à une époque déjà lointaine, l'incertitude subsiste et même s'accroît encore, quand le père prétendu a fourni des subsides et ainsi reculé de plusieurs années l'expiration du délai. Telle est l'inévitable contradiction (2), à laquelle aboutissent fatalement tous les législateurs qui ont voulu enfermer l'exercice de l'action en paternité dans des limites très étroites ; la réalité des faits et l'expérience de la vie les ont contraints d'élargir ce système restrictif dans des hypothèses très nombreuses, sous peine de laisser les malins se mettre à l'abri de toutes poursuites et de rendre illusoire pour l'enfant le bénéfice de l'action en paternité.

*
**

Ceci nous amène à dire quelques mots de ces hypothèses

(1) Rapp. au Sénat, *loc. cit.*

(2) Cf. Leclercq, *op. cit.*, n° 47, p. XLII.

ses *exceptionnelles*, où le *point de départ* du délai est reporté à une date *ultérieure* à celle de la naissance de l'enfant. Il s'agit généralement des cas où le père prétendu participe à l'entretien de l'enfant ; la loi française y ajoute le cas de concubinage : c'est qu'en effet, le concubin fournit ordinairement les subsides nécessaires à la vie de l'enfant. La loi belge se sert d'une expression plus vague : « secours fournis directement ou indirectement par le défendeur » (1). Dans ces hypothèses, le délai (2 ans en France, 3 ans en Belgique) ne commence à courir que du jour de la cessation des secours ou du concubinage. On comprend l'utilité de telles dispositions. On a d'abord voulu déjouer la manœuvre que nous signalions quelques lignes plus haut ; on a aussi craint que dans ces circonstances, la mère n'ait pas l'indépendance nécessaire pour exercer l'action et la poursuivre avec fermeté. De plus, la réclamation prématurée qu'elle soulèverait l'exposerait infailliblement à être chassée du domicile de son amant et priverait l'enfant des soins et des secours qui lui sont fournis. Le procès tarirait la source de ses générosités. Il était donc nécessaire de permettre à la mère d'attendre le moment où elle est abandonnée pour intenter l'action et de ne point la contraindre à faire un procès à celui dont elle partage l'existence, et qui accomplit spontanément son devoir paternel (2).

Il convient de citer aussi la très remarquable disposition de la loi belge qui prolonge l'action en paternité, dans le cas de possession d'état jusqu'à l'expiration de l'année qui suit le décès du père prétendu (art. 341 b 3 alinéa). Le rapport au Sénat justifie cette solution en termes excellents : il ne s'agit pas en ce cas de rechercher des preuves ou des présomptions dans un passé plus ou moins lointain ; il s'agit d'invoquer un fait « *actuel* » et « *notoire* » qui, s'ils s'est prolongé pendant toute la vie du père présumé, *équi-*

(1) Art. 340 du C. civ. belge. L'Angleterre et le canton du Valais prolongent aussi le délai, quand le père a fourni des soins à l'enfant.

(2) Cf. Guillier, Rapp. au Sénat 1908 n° 369, p. 40, 41. Sénat Déb. J. Off. 12 nov. 1910, p. 1739, 1^{re} col.

vaut à une reconnaissance volontaire et offre toutes les garanties désirables de liberté et de véracité (1). Par contre, le Sénat a repoussé une autre prolongation admise par la Chambre, dans le cas où il y a aveu de paternité résultant d'actes ou d'écrits : l'action eût pu alors être intentée dans les cinq années après la découverte de cet écrit. Le Sénat a estimé qu'il était inutile et même dangereux d'étendre le délai dans ce cas spécial, car on verrait des actions en paternité surgir quarante ou cinquante ans après la naissance de l'intéressé, alors que tous les moyens de défense et de preuve auraient disparu (2). Dans ce cas, le Code civil espagnol accorde un délai de six mois ; mais il suppose que les parents sont décédés ; car, en principe, l'action est imprescriptible ; mais elle ne peut être intentée que du vivant des père et mère (3).

C'est naturellement au défendeur qu'incombe le soin de prouver que l'action ne peut plus être intentée, à raison de l'expiration des délais. Mais le demandeur a la charge de démontrer qu'étant données certaines circonstances exceptionnelles, les délais ont été prolongés. Il doit établir que des secours ont été fournis, qu'il y avait concubinage entre ses père et mère, qu'il jouissait de la possession d'état. D'ailleurs, c'est sur ces mêmes faits que sa demande est fondée. Il n'est pas nécessaire que les secours aient été fournis dès le jour de la naissance, il suffit que le père ait pourvu à l'entretien de l'enfant avant l'expiration du délai (4). Mais une fois ce délai écoulé, l'enfant est définitivement déchu de son droit (5). Au reste, même si les soins ou le concubinage cessent au cours de cette période et recommencent à nouveau, le délai court toujours et n'est point à nouveau prorogé. La femme ayant été abandonnée, avait recouvré sa liberté d'action ; mais, en fait, dans cette

(1) Rapport au Sénat belge n° 112, p. 132.

(2) Cf. Chambre b lge 1906, n° 71, p. 91, 92.

(3) C. civ. espagnol, art. 137, 2°

(4) Leclercq, *op. cit.*, n° 48 p. XLIII.

(5) Voy. Seine, 14 nov. 1913, *Gaz. Trib.* 17-18 nov. 1913 avec note. D. 1913, 2, 342 ; Seine, 13 janv. 1914, *Gaz. Trib.* 14 mars 1914.

hypothèse, le délai se trouve réduit à quelques mois (entre la cessation du premier concubinage ou des premiers secours et le commencement des seconds). Des difficultés peuvent surgir quand il s'agit de déterminer la date de la cessation des secours qui marque le point de départ du délai. Sans doute, d'après les principes généraux, c'est au défendeur qui se prétend libéré par la prescription de prouver que les délais sont expirés. Mais, dans ce cas, les rôles sont renversés. En effet, le principe, c'est que le délai commence à courir dès le jour de la naissance ; or, affirmer que le délai ne doit être compté qu'à la date de la cessation de fourniture des secours, c'est prétendre que la prescription a été interrompue pendant un certain temps. Une telle preuve incombe certainement au demandeur. Il doit établir pendant combien de temps les subsides ont été fournis, et à quelle époque ils ont cessé ; c'est à partir du dernier fait de fourniture prouvé par le demandeur que le délai prendra cours (1).

Le délai est prolongé entre les mains du représentant légal de l'enfant, que ce soit la mère ou le tuteur. Mais on peut se demander s'il l'est également au profit de l'enfant qui exerce l'action à sa majorité. La question ne se pose pas en Belgique, car cette prolongation de délai n'est prévue que dans le cas d'action alimentaire (délai de 3 ans) ; aucune dérogation de ce genre n'est apportée, sauf dans l'hypothèse de la possession d'état, quand il s'agit de l'action en recherche de paternité, avec conséquences d'état ; on a jugé que la période de vingt-six années était suffisante au demandeur qui voudrait exercer l'action. Cependant il peut arriver, dans le cas de l'article 340 *b*, qu'à raison de la fourniture de secours pendant toute la minorité de l'enfant, celui-ci soit amené à intenter l'action en son nom personnel. Il agirait alors comme continuateur du droit de la mère, et à ce titre, la prolongation du délai à son profit ne saurait lui être refusée. C'était cette solution qu'ad-

(1) Leclercq, *op. cit.*, n° 50, p. XLIV.

mettait expressément le rapport au Sénat français (1), en l'absence de toute disposition permettant à l'enfant d'exercer l'action à sa majorité. Mais cette faculté lui a été accordée depuis, et il paraît douteux que le délai d'un an, qui lui est imparti, puisse être prolongé dans ses mains, en cas de concubinage de ses parents ou de fourniture de secours (2). D'abord, les raisons ne sont pas les mêmes ; on peut également tirer argument en ce sens de la disposition des paragraphes de la loi ; c'est l'alinéa 12 de l'article 340 nouveau qui prévoit la prolongation du délai, et l'action n'est accordée à l'enfant majeur que dans l'alinéa 14. Enfin, le texte de la loi déclare expressément que c'est « *le délai de deux années* » assigné à la mère pour l'intentement de l'action qui sera prolongé dans les cas de concubinage et de participation du père à l'entretien de l'enfant.

Il faut admettre, semble-t-il, que le point de départ de la prescription est reculé encore quand l'enfant peut prouver qu'il lui a été impossible physiquement ou moralement d'exercer l'action (3). C'est une opinion qui est couramment admise en matière de désaveu. On songe au cas où la mère est devenue folle, et n'a pu donner aucune indication sur son séducteur ; puis elle recouvre la raison ; l'enfant croyait ses parents légitimement mariés, alors qu'ils vivaient en concubinage ; enfin, il y a tous les cas où le séducteur a usé de ruse ou de violences, pour détourner la mère de l'intention d'exercer l'action. Nous avons vu que malgré le caractère fatal du délai, ces solutions étaient ordinairement admises par les auteurs suisses. Il va sans dire que c'est au demandeur qu'incombe la preuve de ces faits d'excuse.

Ainsi donc, nous avons constaté que dans la plupart des pays latins l'action en recherche de paternité, bien que prescriptible, pouvait être intentée par l'enfant lui-même.

(1) Rapport au Sénat français, 1908 n° 369, p. 41.

(2) En ce sens, Wahl, *loc. cit.*, n° 90, p. 68.

(3) Voy. Wahl, *loc. cit.*, n° 91, p. 68.

C'est qu'en effet, elle lui appartient personnellement. Tantôt, comme en France, l'action se prescrit une première fois, puis renaît au profit de l'enfant majeur pendant un an (1) ; tantôt, comme en Belgique et à Monaco, elle est ouverte depuis la naissance jusqu'après la majorité de l'enfant ; tantôt, enfin, comme en Espagne et au Portugal, elle est imprescriptible. Il y a, en effet, des raisons très puissantes à ce que l'action puisse être exercée par le principal intéressé. Il ne faut pas que l'enfant ait à souffrir de l'ignorance ou de l'inaction coupable de sa mère ; on ne pouvait lui retirer l'action avant même de lui avoir permis de l'exercer. En outre, la mère a pu s'abstenir d'agir pour des motifs très divers : absence de notions précises sur ses droits, crainte d'engager un procès, négligence. Souvent aussi la cause de son silence naît d'une entente avec le père qui s'engage plus ou moins sincèrement à subvenir aux besoins de l'enfant. Et la mère tient peut-être à rester en faveur auprès de son amant, elle sacrifie à sa passion l'intérêt de l'enfant.

Devenu majeur, celui-ci peut donc prendre en mains propres ses intérêts compromis et s'efforcer de démontrer l'existence du lien de filiation qui le rattache à l'homme qu'il dit être son père. Il est bien certain qu'après un laps de temps de plus de vingt années, la preuve de la paternité, déjà si difficile à établir au lendemain des événements, sera presque impossible à rapporter. Les écrits auront disparu ou auront été détruits ; les témoignages seront rares et vagues ; le temps aura effacé ou déformé les souvenirs. La tâche du demandeur sera donc ardue et le succès incertain (2). Il est vrai que sa cause est moins digne d'intérêt que celle du nouveau-né. Celui-ci réclame

(1) Voy. Cahors 11 nov. 1913, *Gaz. Pal.* 1913, 2, 143.

(2) La Chambre des Députés a adopté dans la séance du 26 janvier 1914 une disposition complémentaire, dont l'utilité est manifeste, et qui prévoit une suspension de la prescription au profit de l'enfant naturel, se trouvant sous les drapeaux au moment de sa majorité. Transmission au Sénat le 27 janvier.

impérieusement des secours immédiats : la perte du procès équivalait souvent pour lui à une sentence de mort. Au contraire, à moins de circonstances exceptionnelles, le demandeur âgé de vingt et un ans, qui intente une action en recherche de paternité, réclame un nom ou poursuit une succession. Quoi qu'il en soit, l'enfant exerce seul cette action. Elle est strictement attachée à sa personne ; ni ses héritiers, ni ses créanciers ne peuvent se substituer à lui. Prodigue, il n'a besoin d'aucune assistance ; si c'est une femme mariée, elle n'a point à obtenir le consentement de son mari.

Mais on conçoit une hypothèse, dans laquelle l'enfant est privé du droit d'introduire l'action à sa majorité : il en est ainsi quand la mère aura exercé sans succès des poursuites contre le père prétendu. L'action ne pourra être renouvelée par l'enfant devenu majeur. « Si la mère, dit « M. Viollette, avait intenté l'action pour l'enfant sans succès, il ne serait plus recevable à l'introduire, car il serait « paralysé par l'exception de chose jugée » (1). On comprend le grave préjudice que peut causer à l'enfant une telle solution. Sa cause a peut-être été mal soutenue ; la mère, subissant l'influence de son amant, a pu, au cours du procès, défendre mollement les intérêts de l'enfant et taire certains secrets. Cependant le procès est définitivement clos.

Mais, de ce fait que l'action a déjà été intentée par la mère au nom de l'enfant, il ne s'ensuit pas nécessairement et invariablement que le procès ne puisse plus être repris par l'enfant. Pour qu'il y ait autorité de chose jugée, il est indispensable qu'il y ait *identité* d'objet et identité de cause. Or, si l'objet reste le même, la cause peut varier. D'abord l'enfant peut fonder sa demande sur des faits de concubinage, tandis que la mère avait invoqué la séduction. Il peut, en outre, s'appuyer sur des faits postérieurs en date au premier jugement, lettres contenant des aveux, faits de possession d'état. Des circonstances anté-

(1) Rapport à la Chambre, Viollette 1911, p. 49.

rieures sont également susceptibles d'être démontrées, quand on les produit à l'appui de faits nouveaux: elles servent à les confirmer. Enfin, l'enfant peut offrir de prouver des faits dont une première décision avait déclaré la démonstration suffisante. Ainsi, en pratique, on ne pourra que bien rarement opposer à l'enfant l'exception de chose jugée, car il n'y aura presque jamais absolument identité de cause (1).

Il convient de remarquer que dans les législations germaniques, ces questions ne se posent pas. Bien que l'action en recherche de paternité soit imprescriptible, elle ne saurait être exercée par l'enfant devenu majeur. En effet, elle ne présente pour lui aucun intérêt; elle n'a plus de raison d'être; car son unique effet est de condamner le père à verser une pension alimentaire pour subvenir aux besoins de son enfant; cette pension cesse, dès avant la majorité de l'enfant; de plus, les rentes échues se prescrivent rapidement. L'action n'a plus de motif, plus de but: elle ne saurait donc être intentée.

Quel est le caractère juridique qu'il faut attribuer aux délais impartis pour l'exercice de l'action en recherche de paternité? Il n'est pas douteux que dans la loi française, il s'agit d'un délai de *prescription*. De nombreux passages des travaux préparatoires sont très affirmatifs sur ce point (2). Il en résulte que si dès le début de l'instance le défendeur oppose et prouve l'accomplissement de la prescription, la demande doit être déclarée irrecevable. Ce moyen de défense joue le rôle d'une fin de non-recevoir. Cependant, s'il n'a pas été produit en première instance, il ne peut être invoqué en appel, qu'autant que le tribunal ne jugera pas la conduite primitive du défendeur comme une renonciation tacite au bénéfice de la prescription. Il y a là une question de fait, laissée à l'appré-

(1) Voy. Wahl, *loc. cit.*, n° 115 p. 84 et suiv.

(2) Cf. Rapport au Sénat franç. 1908 n° 369, p. 39. — Voy. cependant Sein., 16 déc. 1913, *Gaz. Trib.*, 24 févr. 1914 et jugements cités page 371, note 5; Cahors, 11 nov. 1913, *précité*. Cf. Gaudemet, *Rev. trimest. de dr. civil*, 1914, pp. 108 et 109.

ciation des tribunaux (1). Conformément aux principes généraux, le défendeur peut renoncer expressément ou tacitement à la prescription acquise (art. 2221 C. civ.) ; il ne saurait y renoncer d'avance (art. 2220). Enfin, sous aucun prétexte, les juges ne peuvent, en cas de silence du défendeur, soulever d'office le moyen tiré de la prescription (art. 2223 du C. civ.) (2). On comprend que, surtout dans les procès en paternité, on ne puisse imposer au père prétendu un moyen de défense dont, par scrupule de conscience, il refuse de faire usage.

Par contre, dans les autres législations, on semble refuser au délai de l'action en paternité la nature d'une prescription. On y voit un délai préfixe, dont l'expiration emporte déchéance. Ce n'est donc pas une prescription proprement dite. Tel est l'avis des auteurs belges (3). Et cette opinion prévaut également en Suisse « Die Jahresfrist hat « nicht die Bedeutung einer Verjährungs sondern ist *Verwirkungsfrist* » (4). Les règles générales sur les déchéances doivent donc être appliquées. L'action est donc irrecevable, dès que le délai est expiré. Il en résulte que cette déchéance étant d'ordre public, peut être opposée d'office par le juge. Car c'est à raison de l'incertitude de la preuve et par conséquent pour assurer la bonne administration de la justice, que la loi a interdit d'intenter l'action après un certain délai. Il en est de même que l'action ait le caractère d'une action d'état ou qu'elle tende seulement à des prestations alimentaires. Dans ce dernier cas, elle est sans doute purement pécuniaire, mais elle a également pour objet d'établir un lien de filiation entre le père et l'enfant et elle crée un empêchement au mariage. Aussi,

(1) Jurisprudence constante, Req. 5 août 1878, D. 79, I, 71 ; Req. 21 mai 1883, D. 84, I, 163 ; Paris, 1^{er} mars 1893, D. 93, 2, 296.

(2) Cass. 25 fév. 1891, D. 91, I, 406 ; Civ. 17 mars 1897, D. 97, I, 279. — Lavollée, *op. cit.*, p. 175. — Brun, *op. cit.*, p. 131. — Wahl, *loc. cit.*, n° 85, p. 66. — *Contrat Gaudemet, loc. cit.*

(3) Galopin, *op. cit.*, n° 33, p. 29, n° 66 p. 49. — Leclercq, *op. cit.*, 51, p. XLIV.

(4) Egger, ad art. 308, note 2 b.

décide-t-on que le délai a un caractère d'ordre public comme la question de savoir s'il y a ou non empêchement au mariage (1).



Au contraire, dans les pays *germaniques*, bien qu'elle ne tende qu'à des prestations d'aliments, l'action en recherche de paternité est *imprescriptible*. Aucun délai n'est prévu (2). L'action a sans doute en apparence un caractère purement pécuniaire ; mais en réalité, elle est fondée sur le lien de parenté qui unit le père et l'enfant ; et ce lien, qui existe de lui-même, indépendamment de tout acte juridique, doit pouvoir être constaté à toute époque de la vie de l'enfant. Ainsi, sous ce rapport, l'action en recherche de paternité est considérée par le législateur germanique comme une véritable action d'état : elle est donc *imprescriptible*.

Il convient de distinguer soigneusement l'action en recherche de paternité, c'est-à-dire le droit pour l'enfant de faire constater sa filiation paternelle naturelle, et l'action en paiement de la pension alimentaire, c'est-à-dire le droit de réclamer le versement des sommes échues, destinées à l'entretien de l'enfant. Cette dernière action dérive de la première ; elle est l'effet principal du jugement qui a déclaré la paternité du défendeur. Elle présente un caractère purement pécuniaire et, à ce titre, elle est soumise à la prescription. D'après le Code civil allemand, les réclamations pour arrérages d'intérêts, rentes, traitements, subventions d'entretien (*Unterhaltsbeiträgen*) se prescrivent par quatre ans (3) à partir de la fin de l'année, où la dette est devenue exigible (4) et non pas à dater du jour de

(1) Leclercq, *op. et loc cit.*

(2) Cependant en Angleterre, un délai d'un an est assigné ; il est de 5 ans en Hollande.

(3) Art. 197 du C. C. all. — 1 an en Norvège (loi du 6 juillet 1892, art. 5), 5 ans en Suisse (art. 128 al. 2 C. oblig. révisé).

(4) Art. 201 du C. C. all.

l'échéance des arrérages. Cette distinction est fort importante, car on a tendance à confondre ces deux actions très différentes en réalité et à appliquer à l'action en recherche de paternité le délai dans lequel se prescrit le droit de réclamer les rentes échues et non payées.

Il résulte d'ailleurs indirectement du fait de la prescription de ce droit et de cet autre fait, que la pension alimentaire dont est tenu le père naturel, prend fin à une date fixe, que l'action en recherche de paternité est soumise à une prescription de fait, sinon de droit. En effet, l'enfant ne peut réclamer assistance de son père que jusqu'à l'âge de 16 ans (C. c. all.), 15 ans (Norvège), 18 ans (Danemark), etc... (1). Dès lors, l'action ne peut plus être intentée quand l'enfant a dépassé cet âge, car il n'a plus aucun intérêt à engager le procès ; il est de principe que l'exercice d'une action n'appartient qu'à celui qui a un intérêt quelconque à en user, un profit à en retirer. Ainsi l'enfant ne peut plus poursuivre son père, dès qu'il a atteint l'âge auquel il ne serait pas admis à lui réclamer des aliments (2).

Il ne semble pas que le système de l'imprescriptibilité de l'action en paternité ait soulevé de sérieuses critiques et révélé de graves abus dans les pays germaniques (3). D'ailleurs, en pratique, l'action est intentée dès la naissance de l'enfant ; car c'est surtout à cette époque qu'il a le plus besoin de l'assistance de son père. Enfin, il convient de remarquer que le législateur germanique pouvait d'autant plus facilement rester fidèle au principe de l'imprescriptibilité des actions d'état que, par ailleurs, toutes

(1) Voy. sur ce point notre chapitre sur l'« Obligation alimentaire ».

(2) Il est curieux de constater, que si un gérant d'affaires a fourni des subsides à l'enfant à la place du père, il peut actionner ce dernier en paternité pendant trente ans, qui est le délai de prescription du droit commun (art. 195 C. C. all.) Il peut donc ainsi, en vertu de la subrogation qui s'opère à son profit, chercher à établir la filiation de l'enfant, alors que celui-ci n'y est plus autorisé. Ce résultat inattendu est fort étrange.

(3) Voy. Haléwyck, *op. cit.*, p. 48, 49.

les mesures sont prises pour que l'action en recherche de paternité soit exercée sans retard et avec énergie : un tuteur ou un curateur, selon les pays, est chargé, sous sa responsabilité, de veiller aux intérêts de l'enfant naturel. Et l'on sait le rôle très important que jouent dans les pays germaniques les autorités publiques en matière de recherche de paternité. Elles n'hésitent pas à prendre d'elles-mêmes l'initiative de l'action, même contre le gré des parties. « Faire de la recherche de la paternité une institution fonctionnant régulièrement, mise en branle chaque fois qu'un enfant naît hors mariage, tel est le vœu intime du législateur » (1). Nous avons déjà dit combien une telle conception était étrangère, voire même absolument opposée à l'esprit latin (2).

(1) Voy. Haléwyck, *op. cit.*, p. 53.

(2) Voy. notre travail. *passim*.

CHAPITRE IV

LA PROCÉDURE DE L'ACTION EN RECHERCHE DE PATERNITÉ.

Les questions de procédure que soulève l'action en recherche de paternité sont des plus importantes. Il faut en effet, qu'en une matière aussi délicate, les parties puissent trouver dans une procédure appropriée et simple les garanties nécessaires à l'exercice de leurs droits et à la défense de leurs intérêts. En général les procédures sont rapides et peu compliquées. Elles tendent à un double but : faciliter l'intentement de l'action en recherche de paternité, et, d'autre part, éviter, dans la mesure du possible, le scandale, déjouer les manœuvres du chantage. En outre, dans les pays germaniques où l'action a un caractère pécuniaire, les transactions sont possibles ; on a alors organisé une procédure spéciale qui a pour objet de tenter une conciliation entre les parties et d'aboutir à un arrangement amiable.

Commençons par étudier rapidement la question de compétence. L'action en recherche de paternité a perdu le caractère pénal qu'elle avait autrefois ; elle est aujourd'hui purement *civile* ; c'est un point sur lequel on peut dire que l'accord est fait entre les législateurs modernes. A ce titre elle relève de la juridiction civile (1). Elle est donc, dans les pays latins, de la compétence du tribunal civil (Cf. art. 326 du Code Nap.) (2). « Les tribunaux civils
« sont seuls compétents pour statuer sur les questions
« d'état ». La loi du 16 novembre 1912 est muette sur ce sujet, mais la solution n'est pas douteuse. Le législateur

(1) Dans certaines législations de l'Amérique, c'est un jury qui est compétent.

(2) Voy. Huy, 21 nov. 1912, *Pas.* 1913, 3, 55.

n'a entendu apporter aucune espèce de dérogation au droit commun. C'est donc, conformément aux règles générales en la matière, devant le tribunal du domicile du défendeur, que doit être intentée l'action en recherche de paternité. Le projet sénatorial le disait même en propres termes (art. 6). Mais cette phrase a été supprimée parce qu'on a jugé avec raison que cette disposition, tout à fait superflue, allongeait bien inutilement le texte de la loi (1). Cependant, si la commission sénatoriale avait cru bon de l'édicter, c'est parce que le projet de MM. Rivet et Bérenger apportait une exception grave aux principes généraux. Ils attribuaient, en effet, compétence au tribunal du lieu de l'accouchement. Cette dérogation présentait assurément l'avantage de faciliter l'intentement de l'action en recherche de paternité et d'éviter que, par des changements de domicile répétés, le défendeur n'essayât de se soustraire aux poursuites. Mais le rapporteur au Sénat refusa d'admettre cette règle exceptionnelle qui ne lui parut pas suffisamment justifiée. En effet, il arrive fréquemment que la femme, cherchant à cacher sa grossesse, quitte le pays et va accoucher dans une ville éloignée. Son séjour n'y est qu'accidentel et passager : elle n'est pas connue des habitants, qui ignorent également quel peut être le père de l'enfant. Au contraire, c'est ordinairement au lieu du domicile du défendeur que les relations ont eu lieu ; c'est là qu'elles ont pu être surprises par des témoins ; c'est là seulement qu'il faut aller chercher des renseignements sur les circonstances de l'affaire. Sinon, on imposerait aux partis et aux témoins des déplacements onéreux (2). Les juges du lieu du domicile du défendeur sont, dans la grande généralité des cas, les mieux qualifiés en fait et en droit pour instruire le procès.

C'est également cette solution qui est adoptée en Allemagne ; mais, par contre, ce n'est pas au tribunal régional, composé de trois membres, analogue à notre tribunal

(1) Sénat, Déb. parl., *J. Off.*, 11 juin 1910, p. 1495, 1496.

(2) Rapport au Sénat 1908, n° 369, p. 42.

civil, qu'est confiée l'action en recherche de paternité, mais au tribunal cantonal (Amtsgericht), où siège un juge unique, dont la situation correspond à celle d'un de nos juges de paix. Cette solution peut paraître surprenante : bien que l'action ne tende qu'à de simples prestations pécuniaires, elle n'est point sans gravité. Mais la préoccupation principale du législateur allemand a été d'assurer à l'enfant la reconnaissance rapide de son droit et de lui faciliter l'accès des tribunaux. Or, on peut s'adresser librement à l'Amtsgericht sans avoir besoin de recourir au ministère des avocats-avoués. D'autre part, les actions en recherche de paternité sont nombreuses ; elles encombreraient le rôle des tribunaux ; elles ne présentent d'ailleurs pas de complications ; elles ne portent que sur une question de pension alimentaire, ordinairement peu élevée. On paraît être satisfait en Allemagne de la procédure rapide et simple du tribunal cantonal (1).

Cette question de compétence a été très minutieusement réglée par le Code civil suisse. Une extrême diversité régnait sur ce point dans les législations cantonales. Les unes considéraient la cohabitation hors mariage comme un délit ; c'était donc le *forum delicti commissi* qui était compétent (2). Pour d'autres, l'action était une simple action en dommages-intérêts qui relevait du tribunal du domicile du défendeur (3). Enfin, si l'on en faisait une action d'état, il fallait s'adresser au tribunal du lieu de naissance du père (4). Il est certain que dans le Code civil suisse, l'action est purement civile, mais elle n'est point purement personnelle : elle a une nature double ; son objet est pécuniaire, en ce sens qu'il tend à des prestations alimentaires ; mais elle est aussi une action du droit de famille, étant fondée sur le rapport de parenté qui unit

(1) Voy. Haléwyck, *op cit.*, p. 42, 43.

(2) Code des Grisons, art 80.

(3) Argovie (C. civ. art. 230) ; Appenzell Rh. Ext., art. 21 ; Soleure C. civ. art. 283 ; Thurgovie P. G. art 188.

(4)⁴ Cf. Huber, *System des schw. P. Rechtes*, I. p. 509.

l'enfant et le père. « Alors même, disent MM. Rossel et « Mentha, qu'elle n'a pour objet que des créances, l'action « en paternité est une action du droit de famille non « moins qu'une des réclamations personnelles de l'arti- « cle 59 de la Constitution fédérale. Sa nature mixte jus- « tifie les règles des articles 312 et 313 du Code civil « suisse » (1). En effet, c'est un *for alternatif* que propose le législateur fédéral. L'action en paternité peut être portée soit devant le juge du domicile que la partie demanderesse avait en Suisse au temps de la naissance, soit devant le juge du domicile du défendeur, au temps de la demande. Cette règle s'applique aussi bien à l'action tendant à des prestations pécuniaires qu'à l'action entraînant des conséquences d'état civil. Cette disposition déroge au principe de l'article 59 de la Constitution fédérale et à la garantie du *for* du domicile du défendeur, trouve sa justification dans des motifs d'ordre exclusivement pratique. On a voulu faciliter autant que possible au demandeur l'exercice de l'action, et on a voulu éviter que par de continuels changements de domicile le défendeur ne cherchât à gagner du temps et à compliquer la procédure (2). Cependant cette mesure exceptionnelle (3) est sévèrement jugée par certains auteurs; ils y voient un avantage démesuré pour la partie demanderesse et même un moyen d'exercer une pression redoutable. Ainsi pour obtenir de leur amant une somme plus élevée que celle à laquelle elles ont légalement droit, les filles-mères peuvent le menacer quand le père est un jeune homme, par exemple un étudiant, d'aller s'établir au domicile de ses parents. Il se peut aussi que, profitant d'une expérience qui ne tar-

(1) Rossel et Mentha, *op. cit.*, T. I, p. 377.— Cf. Mohr, *op. cit.*, p. 80 et suiv.

(2) Voy. Peyer, *op. cit.*, p. 96.

(3) On trouve dans le canton du Valais une disposition semblable : « L'action en paternité, dit l'art. 147, et toute cause qui s'y rattache seront portées « devant le tribunal correctionnel du district où le « défendeur a son domicile, ou devant celui du domicile de la mère au « choix de celle-ci », art. 147.

dera pas à se réaliser, les mères naturelles ne choisissent leur domicile de préférence dans les villes où les tribunaux ont la réputation d'être le plus bienveillants, où les démarches sont simples et peu coûteuses, l'assistance judiciaire facile à obtenir. « On arriverait ainsi, dit un auteur suisse, à créer une sorte de pendant au forgeron de Gretna Green en matière de mariage » (1).

Quoi qu'il en soit, le choix du tribunal appartient à la partie demanderesse : et comme l'action peut être intentée concurremment par la mère et par l'enfant, l'un et l'autre peuvent choisir un tribunal différent. Mais le second tribunal saisi doit attendre, pour instruire l'affaire, que le premier ait statué (2). On exige que la partie demanderesse soit réellement domiciliée dans le lieu où elle intente l'action ; une simple résidence passagère ne suffirait pas (3).

L'article 312 du Code civil suisse contient en outre une disposition fort curieuse : « Si la demande tend à la détermination de paternité (Statusklage) elle est communiquée d'office par le juge à la commune d'origine du défendeur, pour que celle-ci soit en mesure de sauvegarder ses intérêts ». C'est là l'un des derniers vestiges du droit qu'avaient les communes d'intervenir dans les procès en recherche de paternité. La commune est, en effet, intéressée à ce que ses ressortissants ne soient pas à tort chargés d'une fausse parenté ; d'ailleurs, il est toujours à

(1) Curti-Forrer, ad art. 312, notes 5 et 6. D'ailleurs, cette disposition du Code civil suisse ne fut adoptée qu'à la suite de longs débats et avec beaucoup d'hésitation. Proposée par le premier projet, elle fut rejetée par l'avant projet (art. 341). Puis la *Commission d'Experts* et le *Conseil National* la reprennent. Mais le *Conseil des Etats* ne voulut pas apporter une dérogation aussi grave au principe de l'art. 59 de la Constitution fédérale. Le *Conseil National* tint bon, invoquant surtout l'intérêt de l'enfant et le caractère mixte de l'action ; et l'on finit par faire l'accord sur le texte actuel de l'art. 312 du C. C. S.

(2) Egger, ad art. 312, note 1 c, 2^e al.

(3) Curti-Forrer, ad art. 312, note 4. — Egger, ad art. 312., note 1 c., 1^{er} al.

craindre que le père ne devienne insolvable et que la commune ne soit obligée de prêter secours à l'enfant. Il va de soi que la commune peut seulement empêcher qu'un enfant soit attribué à l'un de ses ressortissants, lorsque la paternité n'est pas réelle ; mais elle ne peut faire, même si ses intérêts devaient être menacés, que le jugement ne reconnaisse le bon droit du demandeur (1). Elle intervient tantôt comme partie jointe, tantôt comme partie principale (2). Et même, quand il s'agit du droit de cité, elle n'est pas liée par les aveux du défendeur (3). Il incombe au juge le soin d'avertir en temps utile la commune intéressée. Si celle-ci garde le silence, le jugement lui sera opposable, bien qu'elle n'ait pas été partie au procès. Si elle n'a pas été prévenue ou si elle l'a été trop tardivement, elle peut remettre l'affaire en question et actionner en justice l'enfant et essayer de faire réformer le premier jugement (4).

Enfin, le Code civil suisse prévoit l'hypothèse spéciale où la mère et l'enfant sont domiciliés hors du pays et où le défendeur est également un Suisse domicilié à l'étranger ; l'action doit alors être intentée devant le juge du lieu d'origine du défendeur (5). Dans ce cas aussi, c'est un véritable domicile qui est exigé ; et il faut que la mère et l'enfant habitent l'un et l'autre hors du pays. La texte de l'article spécifie bien que le défendeur doit être Suisse. Il faut remarquer que ce dernier for est facultatif pour la partie demanderesse : « l'action *peut* être intentée » (6).

*
**

De même que toutes les actions en réclamation d'état, l'action en recherche de paternité n'est pas soumise à la

(1) Curti Forrer, ad art. 312, note 14.

(2) Egger, ad. a t. 312, note 2 b.

(3) Curti Forrer, *loc. cit.*

(4) Egger, ad art. 312, note 2 c. — Curti Forrer, ad art. 312, note 13.

(5) Art. 313 C. C. Suisse.

(6) Rossel et Mentha, T I, p. 378.

nécessité d'une tentative de conciliation, car on ne peut compromettre ni transiger sur les questions d'état.

Par contre, elle fait partie des causes qui doivent être communiquées au ministère public (art. 83 C. proc. civ.).

Mais l'action en recherche de paternité présente dans les pays latins un certain nombre de particularités qu'il est intéressant de signaler.

C'est d'abord l'existence de moyens de défense particulièrement énergiques, connus en procédure sous le nom de *fins de non recevoir*. Nous venons d'étudier quels étaient les faits constitutifs des exceptions d'impossibilité, d'infidélité et d'inconduite. Il nous faut maintenant examiner les particularités qu'affectent ces exceptions dans certaines législations, et la forme dans laquelle elles y sont invoquées. C'est une différence classique en procédure, que celle qui distingue les simples exceptions et les défenses au fond. Le défendeur ne conteste pas les faits articulés par l'autre partie ; il peut même en reconnaître le bien fondé, avouer les actes de cohabitation, mais il allègue d'autres faits qui, sans contredire les premiers, arrêtent le juge dans ses recherches et lui interdisent dès l'abord d'examiner plus avant les prétentions du demandeur. Il lui faut statuer avant tout sur la valeur de l'exception soulevée par le défendeur. Le rapporteur au Sénat français a d'ailleurs été amené à expliquer le mécanisme des fins de non recevoir (1). Une action en recherche de paternité a été introduite contre M. X... La demanderesse prétend qu'elle a été séduite ; elle prie le tribunal de l'admettre à la preuve de la séduction. Elle propose d'établir les manœuvres frauduleuses employées contre elle, les mensonges et les lâchetés de son séducteur. Et elle conclut à la nécessité d'une enquête. Le tribunal devra donc convoquer des témoins, les interroger sur des faits plus ou moins intimes, plus ou moins secrets, parfois exagérés ou travestis par la deman-

(1) Voy. Guillier, rapp. Sénat, Déb. J. Off., 12 nov. 1910, p. 1737, 1^{re} et 2^e col. — Grosjean, *op. cit.*

deresse ; il faudrait ainsi remuer, à la grande joie du public, toute la boue qui repose toujours au fond de ces sortes d'affaires. Quand bien même la femme serait déboutée de sa demande, le scandale aurait déjà éclaté, il aurait compromis à jamais la réputation du défendeur et de toute sa famille. Aussi, afin d'éviter ces enquêtes inutiles et néfastes (1), le législateur a-t-il accordé à celui qui peut être victime du chantage, le moyen de le prévenir et d'enrayer le procès. Le défendeur n'a qu'à invoquer un seul des faits constitutifs des fins de non recevoir organisés par la loi de 1912 : l'inconduite de la femme, son infidélité, l'impuissance ou l'éloignement, etc... L'action est alors arrêtée d'une façon absolue ; il n'y a plus lieu d'examiner plus longuement les faits articulés par la partie demanderesse ; il faut d'abord et uniquement statuer sur le mérite de la fin de non recevoir, avant de procéder à tout débat sur le fond du procès. Si le défendeur qui, en soulevant l'exception, assume la charge de la preuve, réussit à la fournir, la fin de non recevoir s'impose au juge ; il *doit* rejeter la demande ; le procès est clos, il est inutile de poursuivre une affaire sans issue. Si, au contraire, le défendeur échoue dans cette tentative, la demanderesse recouvre la liberté d'établir la réalité de tous les faits de séduction, de fraude, bref de toutes les circonstances sur lesquelles elle avait appuyé son action (2). Il est d'ailleurs certain — nous l'avons déjà dit — que la femme à laquelle on oppose une fin de non recevoir a le droit, étant devenue défenderesse à l'exception, de contester les allégations de son adversaire et d'en démontrer le mal fondé. Mais ce qu'il faut surtout retenir de cet exposé, c'est qu'il suffit au défendeur de dire : « L'action n'est pas recevable, l'enquête ne se « fera pas, ne se continuera pas, parce que j'oppose à la « demande une fin de non recevoir » (3). Et le tribunal a

(1) Voy. Guillier, rapp. Sénat, Déb. *J. Off.*, 17 juin 1910, p. 1517.

(2) Guillier, Sénat, Déb. *J. Off.*, 17 juin 1910, p. 1523, 1^{re} col.

(3) Guillier, Sénat, Déb. *J. Off.*, 17 juin 1910, p. 1518.

le droit et le devoir de *surseoir* à tout débat au fond avant d'avoir examiné la valeur de ce moyen de défense (1).

Le rejet de la fin de non recevoir n'a aucune influence sur la décision qui sera prise touchant la question de filiation ; on ne préjuge en rien du fond du procès. Si le tribunal estime que les faits allégués par la partie demanderesse n'ont pas été suffisamment prouvés ou qu'il reste quelque obscurité dans l'affaire, il pourra et devra même ne pas faire droit aux prétentions de la demanderesse, bien qu'il ait déclaré mal fondée la fin de non recevoir soulevée par le défendeur.

Le caractère et le but des fins de non recevoir veulent qu'elles soient opposées dès le début de l'instance, *in limine litis*. C'est à cette seule condition qu'elles remplissent leur véritable rôle et produisent leur plein effet, qui est de paralyser l'action avant la révélation et la discussion des faits reprochés au défendeur. Mais ce serait une erreur de croire qu'une fois le débat engagé, elles ne peuvent plus être invoquées. Sans doute, elles manquent leur but ; elles ne sauraient enrayer le scandale qui a déjà éclaté et s'est propagé à loisir. Mais elles peuvent empêcher qu'un enfant soit attribué à tort à un homme qui n'est point son auteur : elles jouent alors l'office de défenses au fond (2). Aucune règle de procédure ne s'oppose à l'admission des fins de non recevoir en cours d'instance ; cette solution est courante à l'heure actuelle en matière de divorce. Le défendeur peut donc, s'il ne l'a pas fait au début de l'instance, invoquer les fins de non recevoir à tout moment, en tout état de cause, et même en appel (3). Il faut décider également que ces moyens de défense peuvent être soulevés d'*office* par le

(1) Cf. Rochefort 6 mai 1913, D. 1913, 2, 335. *Gaz. Pal.* 1913, 1, 743 ; Dijon (Cour), 29 déc. 1913, D. 1913, 2, 359. *Gaz. Pal.* 1914, 1, 81 ; Tunis, 10 mars 1914, *Gaz. Trib.*, 25 avril 1914.

(2) Voy. Jeanneney. Déb. *J. Off.* 17 juin 1910, p. 1517.

(3) En ce sens tous les commentateurs. Wahl, *loc. cit.*, n° 55, p. 50. — Brun, *op. cit.*, p. 102. — Lavollée, *op. cit.*, p. 114. — Defrénois, *loc. cit.*, n° 54, p. 47.

tribunal, car ils ont un caractère d'ordre public (1) : la société a intérêt à ce que les juges ne sanctionnent pas de fausses attributions de paternité. C'est sur ces points que se différencient la fin de non recevoir et l'exception proprement dite (caution juricatum solvi, incompétence ratione personæ, litispendance, etc.).

S'il convient d'admettre, ainsi que nous l'avons fait (2), que la loi de 1912 n'a pas entendu limiter les moyens de défense que le père prétendu peut opposer à la réclamation de l'enfant, il faut décider, par contre, que seuls les faits énumérés dans les alinéas 9 et 10 du nouvel article 340 sont susceptibles de servir de fondement à une fin de non recevoir. On a précisément sélectionné, parmi tous les motifs, que le défendeur pourrait invoquer, pour démontrer qu'il n'est pas le père de l'enfant, les circonstances particulièrement graves, sérieuses, dont la preuve interdirait à la demanderesse de pousser plus avant le procès. Tous les autres faits peuvent donc être opposés par le défendeur à la partie demanderesse, mais à titre de défense au fond, et non pas avec l'effet énergique et radical d'une fin de non recevoir. Il y a là une distinction assez subtile qu'il n'était pas sans intérêt de signaler (3).

On disputa de façon très vive, à la Chambre belge, la question de savoir si les exceptions prévues à l'article 340 d constituent de véritables fins de non recevoir ou de simples défenses au fond. C'est là une pure question de procédure, mais elle a son importance. Il est intéressant de prendre connaissance de la discussion à laquelle elle donna lieu en Belgique ; car on a soulevé contre le système adopté par la loi française de violentes critiques, qui décidèrent d'ailleurs la Chambre à le repousser.

(1) Wahl, *loc. cit.*, n° 56, p. 50. — Brun, *eod. loc.* — Lavollée, *op. cit.*, p. 115. Defrénois, *eod. loc.*

(2) Voy. notre travail, page 302 et Wahl, *loc. cit.*, n° 59, p. 51.

(3) Voy. jurisprudence citée page 303 note 2 et spécialement Dijon (Cour), 29 déc. 1913, *précité*; Tunis, 10 mars 1914, *précité* (p. ex. le défendeur prétendait que le concubinage n'avait pas duré pendant toute la période légale de la conception).

M. de Sadeleer avait déposé un amendement aux termes duquel « le tribunal devait statuer d'abord sur la fin de non « recevoir » (1). Il déclarait avoir emprunté cette idée aux divers projets élaborés en France sur la question (2) et justifiait sa proposition à l'aide des arguments habituels : nécessité d'enrayer le scandale, de prévenir le chantage, de sauvegarder la réputation du défendeur et de sa famille (3). A ces excellentes raisons on a répondu, en invoquant l'exemple des législations cantonales de la Suisse, qu'un tel système offrait de grands inconvénients. En effet, le défendeur, dans l'espoir de faire traîner en longueur le procès et de parvenir à dégager sa responsabilité, ne manquerait pas d'opposer, à tout hasard, la fin de non recevoir dès le début du procès, n'eût-il aucune bonne raison à alléguer pour la justifier. Et alors, si les tribunaux, avant d'examiner le fond du procès, c'est-à-dire les faits invoqués par le demandeur, doivent se prononcer tout d'abord sur le mérite de cette exception préjudicielle, les questions de paternité, ainsi que le fit remarquer M. le ministre de la Justice Van den Heuvel, se transformeront en attaques contre la conduite et les mœurs de la mère. « Avant que la question de paternité soit le moins du monde éclaircie, la « femme qui n'est souvent pas partie au procès serait mise « en cause, son passé, sa vie privée scrutés de toute manière, et des gens peu scrupuleux pourraient se faire, de « cette arme, un moyen d'intimidation et empêcher les « demandes en réclamation d'état parfaitement fondées » (4). Il faut avouer que cette objection ne manque pas d'une certaine valeur au point de vue législatif ; et si la solution consacrée par la loi française est de nature à atténuer le scandale, il est à craindre que des défendeurs

(1) Cf. débats à la Chambre des Représentants, 1906, n° 62, 63, 64, p. 67 à 76. Discours de MM. de Sadeleer, Hoyois, Dohet, Renkin, Huysmans.

(2) Projet Bérenger 1905, art. 3.

(3) De Sadeleer, *Chambre belge*, n° 63, p. 67.

(4) Van den Heuvel, *Chambre*, 1906, n° 64, p. 71, 2^e col.

sans scrupule n'usent, à tort et à travers et de façon déloyale, de l'arme redoutable qu'est la fin de non recevoir. Il est fort difficile, en cette matière délicate, de trouver des solutions parfaites, car on se trouve en présence d'un conflit de deux intérêts opposés et également respectables. D'autre part, il faut bien reconnaître que toutes les filles-mères ne sont pas des femmes de mauvaise vie, et tous les défenseurs des hommes d'une loyauté à toute épreuve. Si donc le législateur veut édicter des mesures de protection en faveur de ceux-ci, il limite et lèse nécessairement les droits de ceux-là. Et, comme il est obligé de formuler des règles générales, il tranche parfois, d'une façon malheureuse, certains cas particuliers qui eussent mérité son indulgence. Aussi, le législateur belge, tenant compte, à la fois, des justes observations de M. de Sadeleer et des abus que pouvait entraîner le système proposé, a opté pour une solution transactionnelle. Il a employé le moyen auquel a recours tout législateur qui est embarrassé sur un point délicat et se refuse à prendre nettement parti dans un sens ou dans l'autre. Il s'en est remis au juge du soin de décider, selon les circonstances de chaque espèce, si l'exception doit être discutée, préalablement à tout débat sur le fond, ou si, au contraire, il convient d'examiner l'affaire dans tous ses détails et de conserver aux débats toute leur ampleur, afin d'apprécier, à leur juste valeur, les allégations du demandeur et les répliques de l'adversaire. Ainsi, les exceptions prévues dans l'article 340 d sont, à la fois, des fins de non recevoir et des moyens de défense au fond (1). Elles sont des fins de non recevoir en ce sens que, dès qu'elles sont prouvées, elles mettent fin au débat. Le procès est définitivement clos. Elles sont des moyens de défense au fond, car elles peuvent être opposées avec succès à toute époque de l'instance, et elles sont susceptibles de faire échouer l'action du demandeur. Si donc elles sont invoquées et prouvées au début de l'instance, le juge

(1) Van den Heuvel. Chambre 1906, n° 64, p. 74, 76. — Leclercq, *op. cit.*, n° 25, p. XXVI et XXVII. — Galopin, *op. cit.*, n° 25, p. 26.

doit déclarer irrecevable la demande de l'enfant, sans avoir à discuter le bien fondé des faits articulés par le demandeur, enlèvement, séduction, aveux, etc... Mais si le tribunal estime que l'exception opposée n'est pas suffisamment établie, il est libre soit d'inviter le défendeur à compléter la preuve par d'autres témoignages et de vider la question avant d'aborder le fond du procès, soit de joindre l'incident au fond et de passer outre (1). C'est par cette abdication de ses pouvoirs dans les mains du juge que le législateur belge a tranché cette importante et délicate question de procédure. Ce système souple et libéral peut donner les résultats les meilleurs, si les magistrats s'appliquent à discerner avec tact la solution qui conciliera, dans chaque affaire, les intérêts légitimes de l'enfant et de la fille-mère avec la protection efficace due à l'honneur et à la réputation du défendeur et de sa famille.

Le législateur belge a compris qu'il pouvait être fait un usage abusif des fins de non recevoir. L'objection est troublante. Mais, de plus, la procédure adoptée en France présente-t-elle de réels avantages ? On nous dit que l'exercice d'une fin de non recevoir arrête instantanément le cours de l'action, qu'on peut ainsi éviter les enquêtes délicates et l'interrogatoire des témoins. Les choses se passent-elles réellement de la sorte en pratique ? Pour vérifier la valeur de la fin de non recevoir soulevée par le défendeur, des enquêtes sont nécessaires, des témoins doivent être convoqués et interrogés ; de plus, la demanderesse a un droit de réplique, et naturellement elle s'efforce par tous moyens de contredire les faits allégués par la partie adverse. Tous les éléments du procès sont connexes ; il est difficile de discuter uniquement l'exception sans empiéter à tout instant sur le fond du procès. Un véritable petit débat s'engage donc sur le terrain de la fin de non recevoir. Sans doute, il ne porte pas sur les faits reprochés par la demanderesse au défendeur, mais il est bien rare qu'une femme dirige une action aussi grave contre un homme, qui n'aurait pas

(1) Van den Heuvel. *loc. cit.* — Rapport au Sénat, n° 108, p. 129.

cu avec elle des rapports, et même des rapports répétés. Dès lors, si cet homme a fréquenté chez la demanderesse les témoins déposent uniformément sur toutes les circonstances de la cause, ils disent tout ce qu'ils ont vu et entendu. Il est inévitable que ces enquêtes et ces auditions de témoins révèlent des faits qui ne sont pas toujours à l'honneur du défendeur. Le scandale, qui couve sous toutes ces sortes d'affaires, éclate malgré tout et rejaillit fatalement sur tous ceux qui s'y trouvent mêlés. D'ailleurs, M. Guillier lui-même semble avoir parfaitement compris l'objection, et l'a adroitement éludée. Tandis qu'il exposait les avantages des fins de non recevoir et indiquait le mécanisme de la procédure, il eût bien soin de taire tous les faits, tels que l'infidélité ou l'inconduite de la femme, qui seraient de nature à provoquer la révélation de circonstances plus ou moins délicates, auxquelles le défendeur pourrait se trouver mêlé. « Au lieu d'une enquête scandaleuse, dit-il on aura une enquête portant sur des faits matériels, qu'il est sans intérêt de divulguer ou de cacher : on ne discutera que l'absence, l'éloignement, l'impuissance physique » (1). Ce plaidoyer est certes fort habile, trop habile même, car il laisse dans l'ombre la partie la plus intéressante de la question. Au reste, l'objection que nous développons, en ce moment, avait été très bien vue en Belgique. Il est impossible de disjoindre arbitrairement les faits connexes d'un même procès. « Vous vous figurez, dit M. Carton de Wiart, qu'en permettant au défendeur de soulever avant tous autres moyens de défense l'inconduite notoire, vous écarterez des débats scandaleux. C'est une illusion. Sous prétexte de plaider sur l'inconduite notoire, on plaidera tout le procès » (2).

Enfin, il faut bien convenir que si le scandale peut, dans une certaine mesure, être enrayé, atténué par la procédure

(1) Guillier, Sénat, Déb. *J. Off.*, 17 juin 1910, p. 1523, 1^{re} col.

(2) Carton de Wiart. Chambre belge 1906, *loc. cit.*, n° 64, p. 75, 1^{re} col. — C. dans même sens, Jeannency, Sénat, Déb. *J. Off.*, 17 juin 1911, p. 1522, 3^e col.

de la fin de non recevoir, le chantage est toujours possible et inévitable. Il s'exerce, quelle que soit l'issue du procès, favorable ou défavorable au défendeur. Le danger réside dans la seule menace du procès ; et il n'y a rien à faire là contre, à moins de retirer d'office l'exercice de l'action à toute une catégorie de femmes suspectes. La fin de non recevoir arrive elle-même trop tard ; l'instance est ouverte ; elle a produit un certain bruit, le mal est fait ; le scandale a éclaté avec la citation en justice. Nous n'insisterons pas plus longuement sur ce point, que nous avons déjà traité (1). Malgré l'existence des fins de non recevoir, la remarque de M. de Lamarzelle garde toute sa valeur et toute sa force : « Ce qui est dangereux, ce n'est pas le procès, c'est la menace pour la famille, du procès » (2).

Le législateur français s'est contenté de mettre à la disposition du défendeur les fins de non recevoir dont nous venons d'étudier le mécanisme. Il n'a pas créé une procédure spéciale en vue des actions en recherche de paternité. Cependant, on aurait peut-être pu adopter quelques mesures analogues à celles qui sont édictées, en matière de divorce et de séparation de corps, par les articles 875 à 879 du Code de procédure civile. Certains auteurs recommandaient cette solution (3). Mais il semble qu'elle ne soit praticable que si les effets du jugement sont purement pécuniaires, si l'objet de l'action est un de ceux sur lesquels on peut s'entendre et transiger. Cette procédure est excellente en matière de séparation de corps et de divorce, car elle provoque les parties à la réflexion et peut les amener parfois à se réconcilier. Mais, quand il s'agit d'une réclamation d'état, il ne peut être question d'arrangement, de conciliation. Le père ne saurait être quitte de ses obligations envers son enfant en offrant à celui-ci une certaine somme d'argent ; le président du tribunal ne pourrait prêter la

(1) Cf. notre travail, page 287.

(2) De Lamarzelle, Sénat, Déb. *J. Off.*, 12 nov. 1910, p. 1737, 1738.

(3) Voy. Pouzol, *op. cit.*, p. 549, art. 8. — Projet Béranger, de Belcastel, *J. Off.* 1879, p. 3945, art. 3.

main à une aussi louche combinaison. Si le défendeur est vraiment le père de celui qui le poursuit, il ne peut l'être à demi ; il ne peut modifier à son gré les effets attachés à la filiation. Néanmoins toute tentative de conciliation n'était pas impossible en cette matière ; en effet il se peut fort bien que, grâce à l'intervention du président du tribunal, le défendeur, comprenant qu'il ne peut échapper à la déclaration de paternité, renonce à soutenir un procès perdu d'avance, et soit amené à reconnaître volontairement l'enfant ; dès lors l'instance n'aurait plus de raison d'être ; et l'affaire aurait eu un dénouement amiable, favorable à la fois aux deux parties. C'est en ce sens qu'on peut entendre et justifier l'essai de conciliation dans un procès en réclamation d'état. Cette idée a été fort bien mise en lumière par le rapporteur à la Chambre belge (1). D'ailleurs, celle-ci avait adopté un certain nombre d'articles qui édictaient des mesures analogues à celles des articles 875 et suivants du Code de procédure civile (2) ; ce qui ne l'avait pas empêché de reconnaître à l'action en recherche de paternité le caractère et les effets d'une action en réclamation d'état. L'adoption d'une telle procédure eût pu rendre de très précieux services et éviter des procès longs et douloureux.

Aucune procédure de ce genre n'a été admise en France. Cependant il y avait eu quelques propositions en ce sens. MM. Rivet et Goujon recommandaient l'organisation d'une procédure préliminaire secrète, analogue à la tentative de conciliation du divorce. De cette entrevue devant le président du tribunal « sortiraient la vérité sans scandale et « l'accord sans procès » (3). D'autres demandaient que la procédure ait lieu à huis clos, en chambre du conseil (4).

(1) Colaert, rapp. Chambre belge, 1906, n° 72, p. 93, col. 2.

(2) Projet Mabille, art. 11, 12, 13, 14 ; art. 341 *ter* voté par la Chambre des Représentants.

(3) Rivet, Sénat, Déb. parl., *J. Off.*, 8 juin 1910, p. 1472. — Goujon, Sénat, Déb. parl. *J. Off.*, 10 juin 1910, p. 1487.

(4) De La Grasserie, *op. cit.*, p. 162. — Cf. C. civ. russe, art. 325 ; C. civ. hollandais, art. 342 nouv.

Toutes ces idées ne furent pas même discutées au cours des débats. Le législateur français n'édicta qu'une seule mesure, fort utile, mais certainement insuffisante. On comprend sans peine que la publicité donnée à ces sortes d'affaires est un des éléments les plus redoutables du chantage ; elle répand et divulgue le scandale ; elle envenime tout et cause parfois plus de tort que la poursuite elle-même. C'est donc cette publicité qu'il s'agit d'interdire. Dans son article 2, la loi du 16 novembre 1912 dispose que « l'article 39, paragraphe premier, de la loi du 29 juillet 1881 est complété par les mots... ainsi que des débats des « procès en déclaration de paternité ». On sait que la loi du 29 juillet 1881, relative à la liberté de la presse, interdit, dans son article 39, de rendre compte des procès en diffamation elle ajoute que dans tous les procès civils, les cours et tribunaux peuvent interdire le compte rendu du procès. Mais il est certain que, dans notre hypothèse, l'interdiction n'est pas facultative pour le juge ; elle est de rigueur (1). Le texte de la loi est impératif ; et les travaux préparatoires ne peuvent laisser aucun doute sur ce point (2). Il est inutile de justifier cette mesure ; les débats sont toujours plus ou moins scabreux, plus ou moins scandaleux, parfois même violents : ils ne doivent pas être livrés à la curiosité malsaine du public. Au contraire, il reste permis de publier le jugement. La loi de 1881 l'autorise expressément, et la loi de 1912 n'a apporté aucune modification sur ce point. Le rapporteur à la Chambre explique cette différence d'attitude à l'égard des débats et du jugement, en disant que la publication de ce dernier ne présente pas les mêmes inconvénients. « Elle donne au con- « traire la publicité convenable à un fait qui, par lui- « même, ne doit rien avoir de clandestin. Il suffit de s'en « rapporter à la prudence habituelle des magistrats pour « être certain que les motifs de ces jugements ne seront

(1) En ce sens, Brun, *op. cit.*, p. 168 seq.

(2) Rapport au Sénat 1910, p. 990. — Rapport à la Chambre 1911, p. 52.

« jamais susceptibles de blesser inutilement l'une ou l'autre des parties en cause » (1).

*
**

A la différence de la loi française, trop brève sur toutes ces questions de procédure, la loi *belge* a organisé, de façon minutieuse, une procédure *spéciale* à l'exercice de l'action en recherche de paternité. Mais elle ne fonctionne qu'au cas où l'action tend à de simples prestations pécuniaires. Si elle a le caractère d'une action d'état, le droit commun s'applique à nouveau. Le législateur belge a poursuivi, en édictant de telles mesures, un double but, celui d'éviter un procès en favorisant la conciliation des parties, et celui d'atténuer autant que possible le scandale que provoquent inévitablement ces sortes d'affaires, en instituant une sorte de procédure à huit clos. A ce double point de vue, la tentative du législateur belge mérite de retenir l'attention.

Le demandeur, qui voudra intenter l'action basée sur un des faits mentionnés à l'article 340 b, présente au président du tribunal une requête contenant un exposé sommaire des faits, accompagné des pièces à l'appui, s'il y en a. La requête est répondue d'une convocation, signée du président, et fixant les jour et heure où les parties comparaitront devant lui. La convocation est adressée aux parties par lettre recommandée. Celles-ci comparaissent sans pouvoir se faire assister d'avoués, ni de conseils, le défendeur est seul admis à se faire représenter (art. 340 f 1, 2, 3^e alin.). Cette procédure rappelle sur plus d'un point le préliminaire de conciliation prescrit en matière de divorce (2). D'ailleurs, le législateur a formellement déclaré son intention d'imiter la procédure prévue aux articles 875 à 877 du Code de procédure civile (3). La première rédaction de l'arti-

(1) Rapport à la Chambre, Viollette, 1911, p. 53.

(2) L'omission de la formalité de conciliation entraîne déchéance du droit d'agir, Anvers, 18 juin 1910, *Pas. belge*, 1910, 3, 381.

(3) Mabilie, Chambre belge, 1906, n° 72, p. 93, 1^{re} col. ; n° 85, p. 110, 1^{re} col. — Voy. Propos. Mabilie, art. 11, 12, 13, 14.

cle 340 f renvoyait même expressément à ces textes. Mais, sur la proposition de M. Libioulle, l'ordonnance du président du tribunal, que prescrit l'article 876 du Code de procédure civile, fut remplacée par une simple lettre recommandée. Cet amendement est des plus sages, car il est certain que « la signification d'une ordonnance de président du tribunal jette toujours un certain émoi dans la famille et attire l'attention » (1). Au reste, c'est un usage qui tend à se répandre aujourd'hui, de substituer à la vieille forme de notification de la convocation, par ministère d'huissier, le procédé plus moderne de la lettre recommandée. Il rend la procédure plus alerte, diminue d'autant les frais, et offre d'excellentes garanties de rapidité, de sécurité et de discrétion.

Il a paru également utile au législateur d'écarter les avoués et conseils de la tentative de conciliation, car on craignait que leur présence ne fût un obstacle aux transactions ou aux aveux du défendeur. Par contre, afin de protéger celui-ci contre toutes les tentatives de chantage et ne point éveiller l'attention au palais, on lui a permis de se faire représenter par un mandataire (2).

Une fois la convocation lancée par le président du tribunal, il peut arriver de deux choses l'une : ou les parties comparaissent, ou bien elles ne comparaissent pas. Dans cette dernière hypothèse, le président rend une ordonnance les renvoyant à se pouvoir devant le tribunal (art. 340 f, 4 al.). Si elles comparaissent, il faut distinguer plusieurs cas : le défendeur peut d'abord reconnaître l'existence des relations, et se déclare d'accord avec le demandeur sur le montant de la pension qu'il devra payer. Alors, la tentative de conciliation a pleinement réussi ; il ne reste qu'à sceller, acter l'accord et renvoyer les parties. Le procès est terminé (3). Mais il se peut aussi que le défendeur, tout en

(1) Libioulle, Van den Heuvel, Sénat belge, 1907, n° 204, p. 198.

(2) Goblet d'Aviella, rapp. Sénat belge 1907, n° 204, p. 199, 1^{re} col.

(3) Voy. Leclercq, *op. cit.*, n° 43, p. XL. — Braun, Sénat belge, n° 231, p. 221.

reconnaissant l'existence des relations, n'accepte pas le chiffre de la rente réclamée par le demandeur. Dans ce cas, la cause doit continuer à être instruite à huis-clos, mais cette fois en chambre du conseil, et non plus devant le seul président du tribunal. Il y a lieu, en effet, à un véritable procès contradictoire. Les débats restent secrets; il n'y a que le jugement qui soit prononcé en audience publique (1). Cette procédure exceptionnelle en Chambre du conseil constitue l'une des innovations les plus heureuses du législateur belge. Elle ne se différencie de la procédure ordinaire que par l'absence de publicité de l'instruction. C'est précisément en cela que réside son utilité et sa raison d'être, car elle enlève aux amateurs de chantage et de scandale le moyen d'intimider le défendeur en le menaçant de dévoiler au grand jour des audiences publiques, tous les secrets de sa vie privée, d'en révéler les faiblesses et les hontes. Il convient de remarquer que la procédure exceptionnelle, de même que la procédure ordinaire s'intente devant la Chambre du conseil par voie d'assignation. Le Sénat a rejeté l'amendement Braun tendant à ce qu'elle fût introduite par voie de requête (2).

Malheureusement le législateur belge n'a pas persévéré dans la voie excellente où il s'était engagé. Il a été seulement à mi-chemin. En effet, cette procédure exceptionnelle ne trouve application qu'au cas où le différend entre les parties porte sur le taux de la pension alimentaire. Le texte de l'article 340 *f* ne permet aucun doute à ce sujet, et les travaux préparatoires confirment cette solution (3). Si donc — et c'est la troisième hypothèse qui peut se réaliser au cours de la tentative de conciliation — le défendeur admet l'existence de relations charnelles avec la demanderesse, mais oppose l'exception d'infidélité ou d'inconduite, la cause doit être renvoyée devant le tribunal et suivre son cours normal dans les conditions ordinaires de

(1) Voy. art. 340 *f*, alinéa 5.

(2) Braun, Sénat 1907, n° 231, p. 222.

(3) Goblet d'Aviclla, rapp. Sénat 1907, n° 232, p. 223, 1^{er} col. — Leclercq, *op. cit.*, n° 44, p. XLI. — Galopin, *op. cit.*, n° 67, p. 49.

publicité (1). Si enfin les parties ne réussissent à s'entendre sur aucun point, il va de soi que le tribunal doit être saisi de l'affaire. Ces solutions, dit M. Leclercq, sont commandées par le fait que la procédure extraordinaire étant dérogoratoire au droit commun, la disposition qui l'établit doit être restrictivement interprétée (2). Il a été expressément déclaré que la procédure extraordinaire était accordée « par faveur du législateur » ; car on a pensé « qu'en faisant un sort meilleur, au point de vue des débats, à celui qui avouerait l'existence des relations, on « favoriserait l'aveu » (3).

Aussi, pour que cette procédure exceptionnelle puisse être employée, il faut que toutes les conditions réclamées par l'article 340 f 5^e alinéa, se trouvent réunies. C'est ainsi qu'il est nécessaire que ce soit lors de la première comparution des parties devant le président du tribunal que le défendeur admettre l'existence des relations. Peu importe que cet aveu lui soit arraché par la suite ; le tribunal a été définitivement saisi de l'affaire, et c'est la procédure ordinaire qui doit être suivie (4). De même, si le défendeur revient sur la reconnaissance qu'il a faite devant le président, soit avant d'être assigné devant le tribunal, soit au cours de la comparution des parties en Chambre du conseil, la procédure extraordinaire ne saurait être continuée. (5).

Ces solutions, qui sont absolument certaines, nous révèlent les graves lacunes du système belge. L'idée était excellente ; le législateur avait vu, avec une grande perspicacité, l'écueil qu'il fallait éviter. Mais il s'est contenté d'une simple indication ; il a esquissé une direction ; il n'a pas osé s'y engager à fond et déduire toutes les conséquences logiques d'une conception très juste (6). Il n'a prescrit cette

(1) Goblet d'Aviella, rapp. Sénat belge 1907, n° 232, p. 223, 1^{re} col.
— Renkin, min. de la justice, *eod. loc.*

(2) Leclercq, *op. cit.*, n° 44, p. XLI.

(3) Renkin, Sénat belge, 1907, n° 231, p. 222, 1^{re} et 2^e col.

(4 et 5) Leclercq, *op. cit.*, n° 44, p. XLI et XLII.

(6) Voy. Champcommunal, *Bulletin de la Soc. de législation com-*

procédure secrète que dans un cas relativement rare : celui où le désaccord porte uniquement sur le quantum des aliments. Or, si l'on admet ce principe que la publicité donnée aux débats d'un procès en paternité est dange-reuse et funeste, il faut, en toute logique, organiser une procédure secrète, quel que soit l'objet de la contestation. Si l'on veut, d'une manière efficace, prévenir les manœuvres de chantage et éviter la divulgation du scandale, il faut ordonner que dans tous les cas l'affaire tout entière soit débattue et jugée à huis-clos.

Remarquons enfin que la procédure exceptionnelle de l'article 340 *f* est réservée au seul cas d'intentement de l'action alimentaire de l'enfant et de l'action en frais de gésine de la mère (1 et 2). Cependant, s'il est nécessaire de prendre des mesures contre le chantage et le scandale, elles sont aussi nécessaires, sinon davantage, dans le cas où l'action revêt le caractère d'une action d'état que dans celui où elle ne tend qu'à des prestations pécuniaires. Il convient d'expliquer cette inadvertance du législateur belge en se rappelant la façon pénible dont a été élaborée la loi de 1908. Nous savons que la Chambre des Représentants avait voté le principe de l'action en paternité comme action en réclamation d'état; mais elle prescrivait cependant l'obligation d'une tentative de conciliation devant le président du tribunal, grâce à des dispositions analogues à celles qui sont édictées en matière de séparation de corps. Mais le Sénat était d'avis de n'accorder à l'enfant qu'une simple pension alimentaire. Les deux assemblées durent se faire de mutuelles concessions et c'est ainsi que l'article 340 *f* ne s'est trouvé applicable qu'à l'action alimentaire. La loi belge ne contient donc aucune disposition

parée. Etude sur la situation juridique des enfants naturels dans les nouvelles législations de la Suisse, de la principauté de Monaco et de la Belgique, janvier 1910, p. 126.

(1) Art. 340 *f*. : « Le demandeur qui voudra intenter l'action prévue à l'art. 340 *b*. ou à l'art. 340 *c*. présentera, etc... »

(2) La procédure d'appel est semblable à celle qui est employée en 1^{re} instance, art. 340 *f*. 5^e alin. *in fine*.

relative à la procédure de l'action en recherche de paternité basée sur l'article 340 *b*. Aucune mesure spéciale n'est prescrite ; aucune garantie de discrétion n'est offerte aux parties. Sur ce point, la loi belge est encore plus imparfaite que la loi française. Il fut question, à la commission de la justice, au Sénat, d'adopter une disposition analogue à celle qui figurait dans le projet Rivet de 1905, devenu la loi de 1912 et que nous venons d'analyser. Mais on craignit de se heurter à l'article 96 de la Constitution, qui exige chaque fois un jugement du tribunal, lui-même, pour prononcer le huis clos (1). On n'insista d'ailleurs pas davantage.

*
**

Le législateur *allemand* n'a créé aucune forme de procédure spéciale à l'action en recherche de paternité. Les règles du droit commun s'appliquent relativement aux modes de preuve employés à la publicité de l'audience, à l'organisation des débats. Mais la *pratique* a senti le besoin de combler la lacune de la loi ; et elle n'a pas hésité, en se substituant en quelque sorte au législateur, à imaginer une procédure simple et discrète qui donne les meilleurs résultats. On sait la place considérable que tient, en Allemagne, l'institution de la tutelle dans le régime légal des enfants naturels ; toutes les questions qui y sont relatives ont été minutieusement traitées par le législateur ; il y a des juges et des fonctionnaires spécialement chargés de veiller sur la personne et les intérêts pécuniaires des pupilles. Nous ne pouvons présenter ici une étude détaillée de la tutelle en Allemagne (2) ; qu'il nous suffise de dire que c'est à propos de l'organisation de la tutelle que la pratique a été amenée à créer une procédure spéciale à l'ac-

(1) Rapp. au Sénat belge n° 116, p. 133.

(2) Cf. sur la tutelle en Allemagne. — Haléwyck, *op. cit.*, p. 84 *seq.* La plupart des renseignements qui composent cette étude de la procédure en Allemagne sont empruntés au rapport de M. Haléwyck, *op. cit.*, p. 49 *seq.*

tion en paternité. On ne saurait passer sous silence une initiative aussi hardie que bienfaisante.

Dès que la naissance d'un enfant naturel est déclarée au bureau de l'état civil, le juge des tutelles est averti et doit s'occuper immédiatement de faire nommer le tuteur de l'enfant. A cet effet, il s'entoure de tous les renseignements, de toutes les garanties nécessaires. Il consulte en particulier le conseil des orphelins (*Gemeindewaisenrat*) (1). Il interroge la mère et cherche à lui faire avouer le nom de son séducteur. On saisit de suite l'utilité de cette démarche. S'il réussit à le connaître, le juge convoque le père prétendu ou plutôt il l'invite à se présenter, car la loi ne lui confère aucun pouvoir spécial en la circonstance. Il s'efforce alors de provoquer les aveux du père, en l'informant des conséquences fâcheuses que pourrait avoir pour lui sa résistance injustifiée. En tous cas, à la suite de cette entrevue, le juge sait de quelle façon il doit organiser la tutelle. Mais son rôle n'est point terminé. Il est en effet le protecteur légal des mineurs ; il doit prendre en mains leurs intérêts.

Aussi, se hâte-t-il de convoquer les parties dans son cabinet et il essaie de trouver un terrain d'entente relativement au montant, au mode de paiement de la pension alimentaire. Si l'accord se fait, un acte est dressé, qui le relate, ainsi que les aveux du père. Le tribunal des tutelles (*Vormundschaftsgericht*), qui n'est autre que le tribunal cantonal exerçant la juridiction gracieuse, n'a plus qu'à sanctionner l'arrangement ; et ainsi, sans bruit, sans débats publics, la situation de l'enfant naturel est réglée au mieux des intérêts des deux parties en cause.

On voit de suite que cette procédure simple, mais efficace, présente de grands avantages (2). D'abord, la tentative de conciliation a lieu automatiquement, quelques jours

(1) Le conseil des orphelins est une institution communale chargée de veiller sur la personne des enfants illégitimes et des orphelins.

(2) Voy. les principales pièces de la procédure en conciliation, Haléwyck, *op. cit.*, p. 228. Annexes B.

après la naissance de l'enfant. Celui-ci devant être pourvu obligatoirement d'un tuteur, le juge profite de l'occasion pour rechercher le père et l'amener à accomplir son devoir. Il peut même engager le tuteur à introduire devant le tribunal l'action en paternité. La recherche de la paternité est ainsi presque imposée aux intéressés : c'est une conception qui est tout à fait étrangère au droit français, où elle affecte plutôt un caractère privé, personnel. « Faire « de la recherche de la paternité, disent les praticiens « allemands, une institution fonctionnant régulièrement, « mise en branle chaque fois qu'un enfant naît hors du « mariage, c'est le vœu intime du législateur » (1). C'est l'intérêt de l'enfant d'être secouru et c'est celui de la société de ne pas l'avoir à sa charge.

Mais parfois la mission du juge des tutelles est fort difficile à remplir. Car il ignore le nom du père et ne peut l'obtenir de la mère qui garde le silence le plus absolu. Il paraît que la plupart du temps, dans ce cas, la mère touche directement du père une pension plus importante que celle qu'elle pourrait obtenir en le poursuivant en justice. Néanmoins, dès que le tuteur sera parvenu à avoir des renseignements sur la personne du séducteur, il a le devoir d'intenter le procès ; car les arrangements secrets, entre les parties, ne sauraient être opposés à l'enfant. Mais, si le juge tient à mettre fin à cette situation équivoque, il lui est assez malaisé de parvenir à triompher du mutisme de la mère. Les tribunaux refusent généralement au juge le droit de la contraindre à dévoiler le nom de son amant (2). On a alors parfois recours à des expédients plus ou moins légaux (3).

Il convient de signaler encore deux particularités fort

(1) Haléwyck, *op. cit.*, p. 53.

(2) Trib. de Carlsruhe, 12 janv. 1904. — *Badische Rechtspraxis* 1904, p. 136. — Voy. Seifarth, *Recht* 1904, p. 571-572.

(3) A Strasbourg, on a parfois recours à un moyen détourné : l'art. 1837 du C. C. all. permet au juge d'infliger au tuteur négligent une amende de 300 marks. On nomme donc la mère tutrice, et puis on la somme de poursuivre le père sous peine d'encourir la sanction.

curieuses de cette procédure de conciliation. Il se peut que le père désire garder l'incognito pour certaines raisons de famille ou de situation sociale ; mais il ne fait aucune difficulté pour s'acquitter de son devoir : il tient seulement à ce que son nom ne soit pas révélé. Dans ce cas, le juge, averti de cette situation par la mère, fait savoir, par l'intermédiaire de celle-ci, au père, qu'il peut se faire représenter par un mandataire. Celui-ci, qui ne dévoilera à aucun moment la personnalité de son mandant, traite l'affaire d'après les instructions et les pouvoirs qu'il a reçus. Il s'entend avec la mère sur le montant de la pension alimentaire ou du capital qu'il versera une fois pour toutes. Le nom du père n'a ainsi jamais été prononcé au cours de ces débats secrets. Il est peut-être ignoré de l'enfant lui-même. Il est à peine besoin de faire remarquer que ces solutions ne sauraient s'harmoniser avec la conception que nous nous faisons en France des rapports du père et de l'enfant naturel.

Enfin, il est possible de revêtir le traité passé entre l'enfant naturel et son père d'une formule exécutoire. Le débiteur d'entretien prend l'engagement, au cas où il n'exécuterait pas volontairement son obligation, de se soumettre à l'exécution forcée de la convention. Le droit de l'enfant est alors entouré de toutes les garanties désirables.

Cette procédure en conciliation, dont l'origine est si curieuse, rend les plus grands services en pratique. Elle favorise et généralise l'exercice de l'action en paternité. Elle protège très efficacement le défendeur et sa famille contre le scandale et les manœuvres de chantage. Aussi, en est-il fait, en Allemagne, une application fréquente. Le père illégitime, surtout si c'est un homme marié, s'empresse de recourir à cette procédure discrète, très heureux de pouvoir régler sans éclat cette affaire délicate, qui ne lui fait guère honneur et pourrait, si elle était divulguée, entacher sa réputation ou jeter le trouble et la discorde dans sa famille. Un grand nombre des demandes en aliments reçoivent une solution dans le cabinet du juge ; les magistrats allemands estiment que le chiffre des affaires

litigieuses est certainement inférieur à celui des arrangements amiables. M. Haléwyck, qui a recueilli des renseignements précis sur place, nous apprend qu'à Bonn sur 678 cas soumis au juge pendant les années 1903, 1904, 1905, 188 ont été réglés amiablement, il y a eu 123 légitimations, 4 adoptions. La juridiction contentieuse n'a eu à s'occuper que de 91 affaires dont 74 ont reçu une solution favorable à l'enfant. Enfin 272 cas restaient soumis au jugement des tribunaux à la fin de 1905 ; ce sont en grande partie ceux où la mère se refuse à désigner le père, ceux aussi où l'*exceptio plurium* apparaît comme justifiée et où le succès de l'action est très incertain. Ces chiffres se passent de commentaires ; ils sont la meilleure preuve que l'on puisse invoquer pour démontrer l'utilité et la nécessité de cette procédure en conciliation, si ingénieusement imaginée par les praticiens du droit (1).

Si la tentative d'arrangement a échoué, l'affaire reçoit son dénouement devant la juridiction contentieuse. Le tuteur de l'enfant naturel, encouragé dans cette voie par le juge des tutelles, ne manque pas de soutenir les intérêts de l'enfant. Le différend peut porter soit sur l'existence des rapports sexuels entre la mère et le défendeur qui les nie, soit seulement sur le taux de la pension alimentaire. Il paraît d'ailleurs que la première hypothèse est fort rare en Allemagne, du moins dans les régions à population germanique, le père hésite généralement à contester les rapports qu'il a eus avec la femme qu'il a aimée. Par contre, il s'empresse d'invoquer l'*exceptio plurium* et ainsi le débat porte sur la question de la fidélité de la mère. L'instance se déroule d'après les règles du droit commun : tous les moyens de preuve sont permis : il est fait spécialement un grand usage du témoignage et de la délation de serment. Nous reviendrons bientôt sur ce point. De même il n'est pas dérogé au principe de la publicité de l'audience. Le juge ne peut prononcer le huis clos que si les débats, à raison de certains faits scabreux qui y seront

(1) Cf. Haléwyck, *op. cit.*, p. 58, 59.

exposés et discutés, risquent de porter atteinte à la moralité (1) ; mais il ne pourrait appuyer la décision sur la seule volonté des parties d'éviter le scandale. Le législateur a, en effet, considéré que l'action n'ayant qu'un caractère pécuniaire, il était inutile de prendre, en cette matière, des mesures exceptionnelles qu'exigent les poursuites en réclamation d'état.

Il résulte clairement de l'examen de ces procédures en Allemagne et en Belgique, que le système de la paternité alimentaire s'accommode parfaitement de l'organisation d'une procédure en conciliation, et rend moins impérieuse la nécessité d'édicter des mesures de précaution contre le chantage et le scandale. Mais nous avons montré comment on pouvait soutenir qu'une tentative d'arrangement, ou du moins une procédure préliminaire à l'instance n'était point chose impossible et inutile, quand l'action en paternité revêt le caractère d'une action d'état.

*
**

Il convient de faire une place à part à la législation de la Suisse, en ce qui concerne la procédure de l'action en paternité. Elle se distingue sur ce point, comme sur tant d'autres, par l'*originalité* de ses solutions. Le Code civil de 1912 ne traite pas de façon spéciale cette question. Désireux de respecter, dans la mesure du possible, les coutumes et les usages locaux, il s'en est remis aux législations cantonales du soin de régler la procédure de l'action en recherche de paternité. Conformément au principe édicté par la Constitution fédérale (art. 64), qui déclare, d'une manière générale, que la procédure est affaire des cantons, l'article 310 du Code civil suisse dispose que « la procédure cantonale s'applique à l'action en paternité sous réserve des dispositions de la présente loi ». Les seules règles qu'aient édictées le législateur fédéral sont relatives à

(1) V. art. 170-174 de la loi d'organisation judiciaire du 27 janv. 1877, modifiée par la loi du 17 mai 1898.

la compétence du tribunal, à la nomination du tuteur, à la présomption de paternité et aux exceptions accordées au défendeur. Cependant, l'article 310, deuxième alinéa, apporte une restriction à la règle si libérale du premier alinéa. Toutefois, dit-il, les cantons ne peuvent établir en matière de preuve des règles plus rigoureuses que celles de leur procédure ordinaire. Nous déterminerons bientôt le sens exact de cette disposition et nous rechercherons dans quelle mesure les institutions cantonales ont survécu à l'unification réalisée par le Code civil suisse. Outre l'intérêt qu'elle présente au point de vue spécial de la recherche de la paternité, cette étude nous montrera, d'une façon générale, qu'un législateur ne peut, par sa seule autorité, imposer à un pays des règles nouvelles et abolir de vieilles coutumes enracinées dans la conscience populaire.

Sur cette question de la procédure des actions en paternité, comme sur celle des exceptions de paternité, les législations cantonales sont extraordinairement riches ; le sujet a été traité par elles avec un soin minutieux et avec un luxe inouï de détails. La plupart de ces procédures sont désuètes, parfois barbares ; mais précisément à cause de leur particularisme farouche, elles éclairent d'une lumière très vive l'histoire de notre sujet et offrent un intérêt sociologique incontestable.

Un grand nombre de ces législations sont dominées par cette idée qu'il incombe aux pouvoirs publics le droit et le devoir de prendre en mains les intérêts de l'enfant et de chercher à découvrir son père. Nous avons vu, dans notre introduction historique, le zèle parfois excessif dont ont toujours fait preuve les communes dans l'accomplissement de cette fonction. C'est qu'elles ont un intérêt de premier ordre à faire supporter les charges de l'éducation de l'enfant au père responsable, afin de n'en être pas accablées elles-mêmes. La recherche de la paternité devient donc une institution d'ordre public qui doit fonctionner automatiquement, d'office, dès la naissance d'un enfant naturel. La volonté sociale se substitue, en ce cas, à la volonté individuelle. Cette conception n'a pas qu'une

valeur historique : en effet, nous venons de voir qu'elle est à la base même de l'organisation de la procédure en Allemagne. Il est assez curieux de constater ce rapprochement entre les vieilles législations de la Suisse et les dispositions du droit moderne.

Dans 9 cantons sur 25, la mère naturelle est tenue de déclarer sa grossesse à l'autorité compétente et la recherche de la paternité est poursuivie d'office (*von Amteswegen*). Cette déclaration de la mère n'est point facultative ; elle doit être faite sous peine d'encourir des déchéances et même des pénalités graves. Ces déchéances consistent, dans la plupart des cantons, dans le refus du serment à la mère et parfois aussi dans l'irrecevabilité de l'action en paternité. La déclaration est donc alors une véritable condition d'admissibilité de l'action. Dans les cantons de Zùg, Schwyz, Appenzell Rh. Int. et Appenzell Rh. Ext., les femmes grosses qui se refusent à poursuivre leur séducteur, qui prétextent ne point le connaître, ou dont les déclarations paraissent suspectes, peuvent être détenues pendant tout le temps de l'instruction et peuvent se voir infliger jusqu'à dix jours de prison (1). Ainsi, la mère naturelle est tenue de faire cette déclaration de grossesse dans un certain délai, qui varie selon les cantons (2).

(1) Zùg P. G. art. 58 ; Schwyz, *lex cit.*, art. 11. — Voy. *Ämtliche Sammlung aller noch geltenden Gesetze des Kantons Schwyz bis Ende 1899*, vol. I, p. 562. Comp. Fribourg. De la police en fait de grossesse illégitime. Des amendes et autres peines, art. 60 *seq.* Il convient de citer la curieuse disposition de la loi d'Uri, art. 2 : Si la déclaration de grossesse n'a été faite qu'après le cinquième mois, la mère est tenue de contribuer pour le quart aux frais d'entretien de l'enfant ; si aucune déclaration n'a été faite avant l'accouchement, elle est exclue du droit de prêter serment et frappée d'une peine pour avoir dissimulé sa grossesse. Il faut remarquer cependant, qu'en ce cas, l'action n'est pas éteinte. — Voy. Obwald, *lex cit.*, art. 4. Mais dans certains cantons : Schwyz, art. 11 ; Nidwald, *lex cit.*, art. 7 ; Berne, C. civ. art. 186 ; Fribourg, *lex cit.*, art. 53, l'action est irrecevable quand la mère n'a pas fait la déclaration dans le délai imparti.

(2) La déclaration de grossesse doit être faite d'habitude trente jours au moins avant l'accouchement. Argovie (C. civ. art. 216-217).

A la suite de cette déclaration, l'autorité entame d'office l'action en paternité. La mère doit d'ordinaire désigner le séducteur et fournir des renseignements précis et circonstanciés. Prenons comme exemple la loi de Nidwald (*lex cit.*, art. 7 *seq.*). Elle enjoint à la mère, sous peine d'une amende assez élevée, de révéler sa grossesse au Gemeindepäsident, fonctionnaire analogue au maire, 45 jours avant la naissance de l'enfant. Le Gemeindepäsident donne connaissance du fait au Landamman qui, lui-même, avertit l'Armenpräsident. Le Landamman entend alors la femme, lui demande le nom de son séducteur ou s'enquiert de toutes les circonstances qui permettraient de le découvrir; bref, il lui pose toutes les questions qui lui semblent de nature à éclaircir l'affaire. Si le père n'a pas fait d'aveu, le conseil de la commune (Wochenrat) décide, après examen et discussion de l'espèce, s'il y a lieu de cesser ou de continuer les poursuites. Si l'on prend ce dernier parti et que l'on connaisse le séducteur, celui-ci est convoqué. Il est interrogé sur le fait qu'on lui reproche, confronté au besoin avec la plaignante. On essaie de l'amener à avouer sa faute et de le décider amiablement à accomplir son devoir. S'il refuse, l'affaire est renvoyée devant le tribunal compétent et elle suit son cours normal. Les autres Codes cantonaux reproduisent, à peu de choses près, ces dispositions. Ainsi la loi d'Obwald (*lex cit.*, art. 3 à 5) connaît une procédure analogue à celle de Nidwald, mais avec cette différence que le Gemeindepäsident de la commune où est domiciliée la mère, n'a pas besoin d'être averti de la grossesse par la mère elle-même. Il peut en prendre connaissance de toute autre manière, faire comparaître la fille et la déterminer à introduire l'action. Il en est de même à Uri, où le Präsident des Bezirksgerichtes a le droit, si le père n'avoue pas sa paternité, de la confronter avec la

Berne (C. civ. art. 186). — A Nidwald, *lex cit.*, art. 7, le délai est de 45 jours. A Saint-Gall, *lex cit.*, art. 1, la déclaration doit être faite avant la première moitié du septième mois; à Glaris, art. 186, dans les six premiers mois.

plaignante (1). La même procédure est connue à Zug, Schwyz, Appenzell Rh. Int. et Rh. Ext. (2). Le canton de Saint-Gall exige que la déclaration de grossesse soit faite au Gemeindeammann du domicile de la mère avant la fin de la première moitié du septième mois, et que celle-ci désigne son séducteur. Le Code argovien impose aussi à la mère l'obligation de déclarer sa grossesse au moins trente jours avant l'accouchement et prescrit au tribunal de l'interroger sur la personne du séducteur, sur le lieu et l'époque de la conception, ainsi que sur toutes les autres circonstances de l'affaire (3). La déclaration de grossesse est également connue à Berne, Fribourg, Glaris (4). Ce qui frappe, dès l'abord, quand on prend connaissance de ces dispositions des législations cantonales de la Suisse, c'est l'extraordinaire ressemblance qu'elles présentent avec la procédure imaginée par la pratique allemande. Celle-ci n'a donc pas fait, à proprement parler, œuvre créatrice. Elle a imité, en les rajeunissant quelque peu, les vieilles coutumes qui nous paraissent si étranges. D'ailleurs, le Code civil suisse, dans son article 311, n'a-t-il pas organisé une semblable institution en nommant un curateur chargé de veiller aux intérêts de l'enfant naturel, dès que l'autorité est informée de la naissance ou dès que la mère lui a donné avis de la grossesse ? Nous ne pouvons passer sans dire quelques mots de cette disposition très originale du Code civil suisse. Nous pensons que c'est le lieu et le moment d'en parler à cause du lien de parenté très étroit qui l'unit aux procédures cantonales que nous venons d'étudier (5).

(1) Uri, *lex cit.*, art. 1.

(2) Zug. P. G. art. 58, Schwyz, *lex cit.*, art. 11. — Voy. Huber, *System*, vol. I, p. 495.

(3) Saint-Gall., *lex cit.*, art. 1 ; Argovie, C. civ. art. 217.

(4) Berne (C. civ. art. 186) ; Fribourg, *lex cit.*, art. 53 ; Glaris ; P. G. art. 186.

(5) Comp. les dispositions du C. civ. all. art. 1716, et du C. C. suisse art. 321, relatives aux mesures provisoires que peut ordonner le tribunal dès avant la naissance de l'enfant, sur la demande de la mère. Voy. notre travail pages 1521 et suiv.

Il faut tout d'abord remarquer que la mère naturelle n'est pas investie de plein droit de la puissance paternelle dans le Code civil suisse. Par contre, elle n'est pas incapable d'être nommée tutrice de son enfant. L'autorité tutélaire tranche cette délicate question en s'inspirant avant tout des intérêts de l'enfant. Elle hésite, d'ailleurs, d'autant moins à confier la puissance paternelle à la mère naturelle que celle-ci est toujours assistée d'un curateur qui est chargé de faire les premières démarches relatives au procès en paternité, et de veiller d'une façon générale aux intérêts les plus immédiats de l'enfant.

L'idée allemande d'instituer, en Suisse, la tutelle obligatoire de l'enfant naturel, idée qui aboutissait à déclarer en principe la mère déchue de la puissance paternelle, n'eut aucun succès auprès du législateur suisse. Mais les efforts qu'avait fait le conseiller Zürcher, pour la soutenir, ne devaient pas être inutiles. Il avait attiré l'attention sur les dangers que pouvaient faire courir à l'enfant la faiblesse, l'incapacité ou la duplicité de la mère. D'autre part, les défenseurs les plus autorisés de la cause de l'enfant naturel, particulièrement l'Association féministe suisse, réclamaient des mesures de protection (1). C'est dans ce but que le Conseil des États décréta la curatelle obligatoire (2). Le Code civil suisse a fait, d'ailleurs, de cette institution, un fréquent emploi. Elle est susceptible de s'appliquer en une foule de circonstances ; dans tous les cas où un individu est empêché pour quelque cause que ce soit, absence, maladie, inexpérience, incapacité de traiter une affaire délicate ou de gérer ses biens, l'autorité tutélaire peut nommer un curateur, soit d'office, soit à la requête de l'intéressé (3). Une telle mesure a l'avantage d'être temporaire et d'avoir un but spécial ; à la différence de la tutelle, elle n'entraîne pas de diminution de la capa-

(1) *Bulletin*, XV, p. 829 et 1200. Vœu de l'Association des femmes suisses, Reininghaus, *op. cit.*, p. 57 et suiv.

(2) Art. 319 *bis* du projet du Conseil des États.

(3) Cf. art. 392, 422, 1, 401, 2, 602, 3, 823 du C. C. suisse.

cité juridique. Elle confère seulement un « mandat limité » par son objet et par sa durée » (1).

D'après l'article 311, le curateur peut être nommé soit avant la naissance de l'enfant, soit après. Comme, d'autre part, la curatelle est obligatoire, il semble que les filles-mères soient astreintes à faire une déclaration de grossesse et soumises à un contrôle de la part de l'autorité. Aussi, cette institution fut-elle d'abord accueillie avec défaveur. On s'effraya de ce pouvoir inquisitorial conféré aux agents de la puissance publique, des froissements qu'il occasionnerait, des abus et des scandales qui ne manqueraient pas de se produire (2). On donne à l'autorité tutélaire le mandat véritablement surprenant d'organiser un service d'inspection physiologique sur les pauvres filles qui ont pu avoir des défaillances (3) (ein Bureau für Inspektion der schwangeren Frauenspersonen). Aussi, comprenant tout ce qu'un tel pouvoir avait à la fois d'exorbitant et de ridicule, le conseiller Brenner proposa de modifier l'article 319 *bis* du projet, en ce sens que la nomination du curateur, avant la naissance de l'enfant, ne pourrait avoir lieu qu'autant que la mère informerait elle-même l'autorité tutélaire de son état de grossesse (4). C'est cette dernière solution qui fut adoptée par l'article 311 du Code civil suisse. Ainsi, les filles-mères ne sont soumises à aucun contrôle vexatoire et inquisitorial. Mais ceci n'est vrai qu'en partie. En effet, nous avons vu que, dans certains cas, la fille-mère était tenue, sous peine d'amendes et de déchéances, de déclarer sa grossesse à l'autorité compétente. Or cette procédure n'a pas été abolie par le Code civil de 1912 ; elle est autorisée dans les cantons qui la pratiquaient, à titre de mesure de police (polizeiliche Büsse) (5). La procédure, dit l'article 310, est affaire des cantons. Ceux-ci peuvent

(1) Rossel et Mentha, t. I, p. 436.

(2) *Bulletin* XV, p. 1208-1210.

(3) Peyer, *op. cit.*, p. 78. — Mohr, *op. cit.*, p. 75-76.

(4) *Bulletin* XV, p. 1211. Curti Forrer, ad art. 311, note 2.

(5) Egger, ad art. 310, note 2 a

donc, aujourd'hui encore, imposer à la mère illégitime le devoir de déclarer sa grossesse à l'autorité fixée par eux. Mais, par contre, ils ne pourraient plus faire de cette déclaration la condition indispensable de l'exercice de l'action en paternité et prononcer la déchéance contre la femme qui aurait omis de remplir cette formalité (1). C'est le seul correctif que le Code civil suisse ait apporté à la procédure archaïque et barbare des législations cantonales.

Le curateur peut également être nommé après la naissance de l'enfant, dès que l'autorité a connaissance de cet événement ; celle-ci peut alors être informée par n'importe qui et par n'importe quelle voie (2).

Ce curateur a la mission spéciale d'intenter avec le consentement de l'autorité tutélaire l'action en recherche de paternité (3), de provoquer une reconnaissance de la part du père ou de conclure avec lui une habile transaction. Il doit veiller à ce que les délais impartis pour agir ne soient pas expirés ; il peut se substituer à la mère, si celle-ci ne veut pas poursuivre le père avec lequel elle a peut-être conclu un arrangement secret. D'une façon générale, le curateur doit représenter (vertreten) l'enfant, et prendre soin de ses intérêts juridiques et matériels (4). Aussi, pour l'accomplissement d'une tâche aussi délicate, faut-il faire choix d'un homme délicat et dévoué (5). C'est l'auto-

(1) Voy. *Bulletin* XV, p. 1198 (Hoffmann).

(2) Curti Forrer, ad art. 311, note 3. Les « tribunaux de mœurs » (Geniessverhör), dont nous parlerons plus loin, peuvent ainsi subsister à l'intérieur des cantons, du moins dans la mesure où ils se bornent à remplir les fonctions d'autorité chargée de recevoir la communication des naissances illégitimes.

(3) De même, dans les cantons qui pratiquaient la procédure d'office, un tuteur était nommé dès que la mère avait fait sa déclaration. A Schwyz et dans le canton d'Argovie, il avait la mission spéciale de poursuivre le procès en recherche de paternité. Cf. Huber. *System*. I, p. 494-497.

(4) Cf. Egger, ad art. 311, note 3 a et b.

(5) Peyer, *op. cit.*, p. 79.

rité tutélaire qui a l'obligation de nommer, sous sa responsabilité, ce représentant de l'enfant ; la mère ne saurait être admise à remplir ces fonctions, car ses intérêts peuvent parfois être en opposition avec ceux de l'enfant, et elle n'aurait pas toujours l'énergie et l'expérience suffisantes pour remplir avec fruit cette difficile mission (1). Quant aux frais de l'instance, ils sont supportés par l'enfant, s'il a des ressources, sinon par la mère ou par l'assistance judiciaire (2). Il est à peine besoin de faire remarquer l'analogie frappante du rôle du curateur suisse doublé de l'autorité tutélaire avec celui du tuteur allemand secondé par le tribunal des tutelles.

La curatelle prend fin de diverses façons. D'abord, elle n'a plus de raison d'être dès que le mandat dont était chargé le curateur a été accompli, c'est-à-dire lorsque le procès en paternité a été mené à bien (3) ; elle cesse également lorsque le délai imparti pour intenter l'action est expiré (art. 311, 2^e al., C. civ. suisse). Le curateur est alors remplacé par un tuteur nommé par l'autorité tutélaire. La mère peut être investie de cette fonction, si elle offre de sérieuses garanties de moralité et de dévouement. Le curateur peut également être élevé au rang de tuteur. Ce dernier a les mêmes pouvoirs qu'un tuteur ordinaire (4). Mais il a la mission spéciale de veiller à l'exécution du jugement en paternité, d'exiger avec fermeté le paiement régulier de la pension alimentaire, d'aviser en cas de besoin l'autorité compétente quand le père essaie de se soustraire à ses engagements par des changements de domicile répétés (5). Enfin, il n'y a pas lieu à nomination du tuteur si

(1) Curti Forrer, ad art. 311, note 7.

(2) *Ibid.* note 8.

(3) Il se peut cependant qu'on maintienne un curateur aux côtés de la mère, même si celle-ci est investie de la puissance paternelle, au cas où l'enfant aurait des biens personnels, ou au cas où certaines difficultés surgiraient qui pourraient compromettre les intérêts du mineur. L'autorité tutélaire ordonne toutes les mesures qu'elle juge nécessaires.

(4) Cf. art. 380, 392, al. 2 et 3, 372, 394, du C. C. S.

(5) Peyer, *op. cit.*, p. 80-81.

l'autorité juge utile de mettre l'enfant sous la puissance paternelle de la mère ou du père (art. 311, 2^e al.). Mais, en ce cas, l'intérêt de l'enfant doit être exclusivement pris en considération.

On voit donc avec quelle sollicitude le législateur fédéral, fidèle aux traditions de la Suisse, a pris en mains la cause de l'enfant naturel. Il a craint (1), sans doute avec raison, de confier le sort de celui-ci à la mère, qui, souvent, ne peut pas ou même ne veut pas agir. L'inexpérience des affaires, la crainte du scandale empêchent souvent aux filles-mères d'exercer l'action. Parfois aussi, trompées par de fallacieuses promesses de leurs séducteurs, elles laissent passer les délais, ou se contentent d'une somme insignifiante, que ceux-ci leur versent à titre d'indemnité. Confier les intérêts de l'enfant aux seules mains de la mère, c'est donc l'exposer à n'avoir qu'un défenseur, sans doute dévoué, mais faible par sa nature, inexpérimenté, peut-être même encore dominé, dans son cœur de femme, par celui-là même que son devoir de mère lui ordonne de poursuivre. Au contraire, l'institution de la curatelle sauvegarde d'une façon très efficace les droits de l'enfant. Le séducteur n'a plus affaire à une femme naïve et ignorante ; il a en face de lui un homme averti, habile et énergique. Les auteurs suisses se montrent, en général, fort satisfaits de cette disposition du Code civil suisse. « Nün stehen einander zwei gleichenwertige Gegner « gegenüber, Mann gegen Mann, es ist nicht mehr die « physisch geschwächte und moralisch deprimierte Müt- « ter, die für sich und für ihr Kind mit einem in jeder « Weise ihr überlegenen Partner kämpft... Dadürch ist « für die Interessen des Kindes und der Mütter jede wün- « schenwerte Sicherheit gegeben » (2).

Mais on comprend de suite que ce système, si ingénieux, si bienfaisant qu'il puisse être, ne saurait être imité dans nos pays latins. Il y a à cela deux raisons principales. La

(1) Egger, ad art. 311, note 1 b.

(2) Mohr, *op. cit.*, pp. 76-77. Cf. Peyer, *op. cit.*, p. 88 et suiv.

première — et c'est peut-être la moins forte — c'est que nous ne connaissons pas ces institutions du tribunal des tutelles, de la curatelle des enfants illégitimes. Nous avons une idée toute différente de la protection de l'enfance. Ce n'est pas aux pouvoirs publics que nous recourons pour ordonner les mesures nécessaires aux intérêts de l'enfant naturel. La famille illégitime est conçue chez nous sur le type de la famille légitime, dont elle est une image affaiblie. L'enfant est confié, de par la loi, à ses parents dont il suit la destinée, bonne ou mauvaise. Ceux-ci exercent sur lui une influence prépondérante et presque souveraine. La conception germanique est sans doute plus protectrice des droits de l'enfant, mais aussi elle est moins respectueuse de la liberté d'action des parents. C'est à cette liberté que les peuples latins se montrent particulièrement attachés. Ils entendent exercer leurs droits volontairement, sans subir aucune contrainte ; ils ne consentent pas aisément à abdiquer leurs pouvoirs et à faire le sacrifice de leur libre arbitre. Ils se font du droit une conception individualiste qui, aujourd'hui plus que jamais, tend à se répandre et à se développer. Les peuples germaniques, plus soumis, moins attachés à leur personnalité, sont davantage soucieux des intérêts de la société. Ils n'hésitent pas à lui confier une initiative dont ils se dépouillent volontiers. Ils ne sont pas choqués de cette immixtion des autorités publiques dans une affaire d'ordre essentiellement privé, tandis qu'elle nous apparaît à nous comme un abus de pouvoir exorbitant et intolérable. Nous nous révoltons à la seule pensée de contraindre de pauvres filles qui ont eu une défaillance à faire l'aveu public de leur faute et à narrer les circonstances dans lesquelles elles l'ont commise, à vivre enfin sous le joug d'une surveillance constante et étroite. De quel droit l'autorité publique intente-t-elle d'office une instance dont la mère ne veut peut-être pas, pour des raisons qu'elle n'a besoin de faire connaître à personne ? Voilà ce que nous ne comprendrons jamais. Nous tenons à respecter la volonté de la mère, nous ne voulons pas lui imposer un procès qui sera, pour elle, une source de honte et de scandale ; nous nous inclinons de-

vant ses scrupules, devant ses sentiments de pudeur et de délicatesse. Nous ne voulons pas violer sa conscience. La recherche de la paternité reste, chez nous, une affaire d'ordre privé, d'ordre intime, dont l'initiative est laissée aux particuliers qui décident souverainement de l'attitude qu'ils doivent adopter (1). Elle a, au contraire, dans les pays germaniques, un caractère d'ordre public, elle est, par excellence, une institution sociale, dans toute la force du terme et la société a le droit de se substituer à la volonté des intéressés dans l'exercice de l'action, parce qu'elle a elle-même un intérêt de premier ordre à ce que les enfant naturels trouvent un père afin qu'ils ne tombent pas à sa charge.

Cette conception du problème de la filiation naturelle est très vieille dans les pays de race germanique. Nous avons déjà dit, dans notre introduction historique, le rôle prépondérant qu'ont toujours joué les communes dans ces questions de recherche de paternité, particulièrement en Suisse et en Angleterre. Nous voudrions revenir un instant sur ce sujet, afin d'étudier ce phénomène juridique au point de vue sociologique, d'en exposer la genèse et d'en pénétrer l'esprit.

Il est tout d'abord indispensable de nous transporter dans le milieu où cette conception a pris naissance et s'est développée. C'est là qu'apparaissent, avec le plus de netteté et de relief ses caractères essentiels. Nous la saisissons alors sous son aspect le plus réel et le plus vivant. C'est assurément dans les cantons suisses que nous trou-

(1) Voici un fait qui nous paraît assez significatif : en Belgique, le projet Mabilie et consorts contenait une série d'articles (4, 5, 6) où la question de l'intentement de l'action en recherche de paternité était réglée. Dans certains cas (décès de la mère, mère inconnue), l'officier de l'état civil, qui reçoit la déclaration de naissance de l'enfant, devait, dans les vingt-quatre heures, informer le juge de paix du domicile de l'enfant du fait qui donne lieu à la nomination du tuteur. Ce tuteur, nommé par un conseil de famille, aurait été chargé par celui-ci d'intenter l'action. Ce système, qui rendait en quelque sorte obligatoire la recherche de la paternité, n'eut aucun succès à la Chambre des Représentants. Voy. Chambre belge n° 67, pp. 79-80.

verons tous les éléments nécessaires à cette étude. Dans un pays de montagnes inaccessibles et de forêts impénétrables comme l'est la Suisse, les habitants, surtout autrefois, passaient leur vie entière dans la petite ville ou le village où ils étaient nés et restaient au moins pendant la saison des neiges, sans communication avec le reste du monde. Cette structure géographique du pays, cette absence de relations avec les peuples voisins, expliquent, d'une façon générale, l'originalité des coutumes locales et la grande vitalité dont, aujourd'hui encore, elles font preuve, à tel point qu'elles se sont imposées au législateur fédéral. De ces petites agglomérations, où matériellement et moralement les habitants sont très proches les uns des autres, vivent une vie simple et commune, une vie de famille, se dégage une conscience populaire très forte et très sévère qui sanctionne énergiquement les promesses échangées et flétrit par une mise à l'index l'homme coupable d'avoir violé le serment prêté. Ces verdicts de l'opinion publique sont plus redoutés que les sentences des tribunaux. Or, tous les hommes du village se connaissent depuis leur enfance, il ne peuvent faire un geste, accomplir un acte sans que tous soient renseignés très exactement. Ils connaissent ainsi l'état de grossesse de la mère, ses relations avec tel individu, ses écarts de conduite. Dans ces conditions, que coûte à la femme l'aveu d'une faute que personne n'ignore, qui est de notoriété publique ? Et puis le village est intéressé au maintien des bonnes mœurs. S'il s'aperçoit que la mère a été abusée, il prend sa défense, il poursuit le coupable, il le fait comparaître, le confond et, au besoin, il le traîne devant les tribunaux pour le forcer à l'accomplissement de son devoir. Une ordonnance du canton de Fribourg du 3 octobre 1596 « enjoint à tous seigneurs, curés et leurs vicaires, par le devoir d'obéissance « qu'ils ont à leurs supérieurs, qu'ils soient tenus de déclarer et révéler les pères de tels enfants illégitimes, aux « officiers dans la ville et les 24 paroisses, afin que le mal « ne demeure impuni et tel péché, tant que possible, soit « contregardé » (1). Cette citation met bien en lumière le

(1) Livre des Mandats souverains, II, pp. 140, 141.

côté moral de la procédure. Dans la plupart des cantons, le curé ou le pasteur joue un rôle prépondérant; c'est souvent à lui qu'est confiée la mission d'interroger la mère et de l'amener à faire connaître le nom de son séducteur. D'autres fois, cette fonction est dévolue au Gemeindepräsident, à l'Ammann, qui sont investis d'une certaine dignité et d'une grande autorité morale. Le conseil des notables prend ordinairement connaissance de l'affaire. Il intervient, le plus souvent, une solution amiable; ainsi, sauf dans le cas où un procès est indispensable, la cause échappe à la compétence des autorités judiciaires.

Nous semblons comprendre maintenant tout ce qu'il y a de primitif et de fruste, mais aussi de très pur dans ces procédures des vieilles législations cantonales. Nous ne sommes plus émus par le traitement imposé à la fille-mère, car nous n'y voyons plus une mesure de défiance et de suspicion prise à l'égard de la mère, mais, bien au contraire, un but d'assistance et de protection. Nous voyons fonctionner, avec beaucoup de générosité et de bienveillance, cette sorte de tribunal de famille composé de braves gens qui viennent au secours d'une malheureuse et cherchent à contraindre un lâche à assumer la responsabilité de son acte. « L'instance, a-t-on dit, se déroule dans « une intimité patriarcale qui rappelle de très près la « bonhomie de nos vieilles coutumes françaises » (1).

Bien que cette impression soit très douce et très séduisante, nous la croyons absolument erronée. La commune, avons-nous dit, a un intérêt moral à ce que les filles-mères soient secourues. Sans doute, il est difficile de ne pas le supposer. Mais il est dangereux, en sociologie, de prêter aux hommes que nous étudions des sentiments qui sont les nôtres et de croire que des institutions ont pu se fonder sur des bases aussi fragiles, aussi délicates, sur des idées inaccessibles à la plupart des individus. Si les habitants d'une commune sont dans une certaine mesure solidaires au point de vue moral, ils le sont d'une façon plus étroite

(1) Champcommunal, *loc. cit.*, *Bull. de législation comparée* 1910, p. 124.

et surtout plus sensible au point de vue pécuniaire. Que le père naturel ne puisse être découvert, l'enfant et souvent aussi la mère tombent à la charge de la commune ; le budget en est grevé d'autant. Il faut reconnaître que ces considérations d'ordre matériel sont de nature à toucher plus vivement et plus profondément une conscience primitive que toute considération d'ordre moral. Il est facile de le démontrer. La commune mettra un empressement et un zèle farouches à poursuivre (1) le père. Nous avons vu que la fille-mère est tenue de déclarer sa grossesse et de dénoncer le nom de son amant. Si elle s'y refuse, on n'hésite pas à la punir de prison pour vaincre ses résistances. On lui interdit même d'exercer l'action, si elle n'a pas voulu se soumettre aux formalités vexatoires de la procédure (2). Le droit individuel non exercé par la commune est ainsi supprimé purement et simplement. Intervenant brutalement dans une affaire intime, elle ne cherche pas à savoir si les parties veulent transiger pour éviter le scandale, elle débat la question de paternité, comme une question d'argent, sans délicatesse et sans ménagement. Le spectacle est particulièrement odieux, lorsque deux communes ont des intérêts opposés dans une affaire de paternité : le père et la mère n'ont pas la même bourgeoisie. Alors chaque commune essaie de rejeter sur l'autre la charge de l'enfant. Elles soulèvent des exceptions dont par scrupule, par délicatesse, le défendeur ne voulait pas user (3). Dans cette lutte d'intérêts rivaux, les communes se substituent entièrement aux parties et font bon marché de leurs sentiments intimes. On cite même le cas d'une commune qui avait payé à un ressortissant d'une commune voisine une somme de 2.000 francs pour l'engager à légitimer, par son mariage avec la mère, un certain nombre de bâtards embarrassants (4).

(1) Dans un grand nombre de cantons suisses, la commune avait, au même titre que la mère et l'enfant, le droit d'intenter l'action en paternité. Voy. notre travail, page 410.

(2) Voy. législations citées, pages 410, 411, 412.

(3) Argovie (C. civ., art 225, 226).

(4) Cité par Dupré La Tour, *op. cit.*, p. 108.

Tout sentiment de générosité est tellement étranger à l'esprit de ces procédures que si, à raison de l'inconduite de la mère ou pour toute autre cause, le père ne peut être découvert, la fille-mère et son enfant, loin d'être secourus, sont abandonnés, parfois maltraités. Les communes expulsent les filles-mères qui n'ont pas le droit de bourgeoisie. Si on leur vient en aide, c'est à regret et sans délicatesse qu'on le fait. Quant à leurs pauvres enfants, la plupart meurent faute de soins et de nourriture ; ils sont astreints dès leur jeune âge à un dur labeur, et sont parfois victimes des pires excès (1).

Que sont devenus ces nobles sentiments de générosité, de charité, qui animaient ces procédures familiales ? Où trouver trace de désintéressement et de dévouement dans l'attitude de ces communes, qui cherchent uniquement à déga-ger leur responsabilité pécuniaire et sont pleines de dureté et de cruauté pour l'enfant innocent qui est tombé à leur charge ? Aussi, il apparaît que les procédures qu'elles ont inventées ne sont nullement des institutions de charité, mais qu'au contraire elles ont essentiellement un but et un caractère utilitaires. « Ce n'est point un acte de générosité, » dit M. de la Grasserie, mais au contraire un acte d'intérêt... C'est ainsi du reste que les droits, en apparence, les plus abstraits, et qui semblent nés du sentiment du juste, ont souvent une origine purement *mécanique* » (2).

Cette intervention brutale des communes, dans une affaire d'ordre privé, blessa particulièrement les habitants des cantons de la Suisse française ; et c'est pour y mettre fin qu'ils n'hésitèrent pas, comme à Vaud et à Neuchatel, à adopter le principe de la prohibition de la recherche de la paternité. Mais il n'en reste pas moins vrai que dans certains cantons moins ouverts, plus sauvages, du centre et du nord de la Suisse, la procédure dont nous avons parlé a subsisté jusqu'à nos jours. Si le Code civil suisse ne l'a pas intégralement adoptée et si même il lui a apporté un heu-

(1) Consulter Lallemand. *Les enfants assistés*. — Naville, *La charité légale en Suisse*.

(2) De la Grasserie, *op. cit.*, pp. 52, 53.

reux correctif, en faisant dépendre la nomination du curateur avant la naissance, de la déclaration volontaire et libre de la mère, du moins il autorise les cantons, qui pratiquaient la procédure de déclaration de grossesse obligatoire avec poursuite d'office, à conserver aujourd'hui encore cet usage barbare. Il est indéniable que, dans près de la moitié des cantons suisses, fonctionne l'institution si décriée et si choquante que les auteurs ont appelée avec humour « ein Bureau für Inspektion der schwangeren Frauen ».

Nous pensons avoir démontré qu'il n'était pas sans intérêt d'étudier de façon approfondie la procédure employée dans les pays germaniques en matière de recherche de paternité, d'en pénétrer l'origine, le caractère et l'esprit. Il va sans dire qu'il ne saurait être question de l'importer, de l'acclimater dans nos pays de race latine ; elle heurte trop violemment nos consciences et nos conceptions. Ce système ne vaut que dans le milieu où il a été créé, parce qu'il est en harmonie avec les mœurs et les coutumes des habitants. Autant ses résultats seraient pernicioeux dans un pays où on l'imposerait de force, autant ils peuvent être excellents dans le pays où cette procédure émane de la conscience populaire elle-même et des besoins de la vie sociale. Nous n'en voulons pour preuve que ce fait significatif, que le législateur fédéral a compris la nécessité de laisser intacte cette institution, dans les cantons où elle a été conservée jusqu'à nos jours sous sa forme primitive, la plus fruste et la plus sauvage ; elle trouve ainsi, dans l'attachement que lui témoignent depuis des siècles les habitants de ces cantons et aussi dans l'adaptation qu'en ont faite à nos idées modernes le Code suisse et la pratique allemande, la plus éclatante des consécérations.



Quant aux preuves qui sont produites au cours des procès en recherche de paternité, elles sont régies par les règles du droit commun. Cependant, dans le cas de séduction, la loi française et l'ordonnance monégasque exigent

la production d'un commencement de preuve par écrit (1).

Parmi les pièces les plus importantes du procès, il faut tout d'abord mentionner l'acte de naissance, qui établit le fait matériel de la naissance, fixe la date de l'accouchement, et par suite, permet de déterminer l'époque probable de la conception. Enfin c'est d'après l'acte de naissance qu'on peut vérifier si l'action a été intentée dans les délais légaux.

Les parties produiront également des témoins, des écrits privés, des lettres missives pour établir soit l'existence des relations, soit le bien fondé des fins de non recevoir. Conformément au droit commun, les lettres missives appartiennent au destinataire, dès que celui-ci les a reçues. Si elles sont confidentielles, le destinataire ne peut en faire usage dans un procès qu'avec le consentement de l'expéditeur (2). Toutes ces solutions sont conformes au droit commun.

Mais il importe d'étudier d'une façon toute particulière, le rôle du *serment* dans l'instance en recherche de paternité. Son rôle est absolument prépondérant, il a été et il est encore le grand mode de preuve usité en cette matière. En effet, la vérité étant fort difficile à établir, le juge qui ne parvient pas à se faire une conviction bien assise, est tenté tout naturellement de recourir à ce moyen très commode, qu'est la délation de serment. Il espère ainsi obtenir, de la personne qui possède seule le secret de l'affaire, l'avou formel qui dissipera tous ses doutes et libérera sa conscience. Il faut encore rechercher l'origine historique de cet usage, dans la pensée du Moyen Age. A cette époque de foi ardente, on attachait une importance décisive à la prestation de serment, car c'est un acte plus religieux que civil, par lequel une personne prend Dieu à témoin de la vérité du fait qu'elle affirme, et l'invoque comme vengeur du parjure. Quelle créature humaine, croyant en la divinité, oserait attirer sur elle et sur sa descendance, la colère et la

(1) Voy. notre travail pages 180 *seq.*, sur la nécessité de la condamnation pénale en cas de viol, voy. pages 114 *seq.*

(2) Cass. Req. 5 mai 1897. *Pand. pér.* 1898, 1, 413; Caen, 7 février 1898. D. 99, 2, 2; Rouen, 7 mai 1904, D. 1906, 2, 63.

malédiction éternelles du Tout Puissant ! Aussi, la plupart des législations anciennes prescrivent l'usage du serment, en matière de recherche de paternité (1). Il a dans la marche de l'instance une influence décisive. C'est sur lui que repose toute la valeur de la règle célèbre du droit français : *Virgini creditur parturienti, asserenti se praegnantem esse ex aliquo*. Nous avons dit dans notre introduction historique quels étaient le sens et la portée exacts de cette formule. Nous n'en voulons retenir en ce moment que ce simple fait, qu'on tenait pour vraie la parole de la fille-mère, qui affirmait sous serment être enceinte des œuvres de tel individu. On voit donc quel rôle prépondérant était attribué au serment.

Mais dans certaines législations primitives, ce serment, pour avoir pleine force probante, doit être prêté dans certaines conditions spéciales. Ainsi, quand la femme est dans les douleurs de l'enfantement, la déclaration qu'elle fait, à ce moment critique, acquiert une force singulière. Car on ne peut imaginer que, déchirée par de terribles souffrances, et courant le risque de comparaître devant le tribunal de Celui qui dévoile les secrets les plus cachés, une femme ose, à cette minute suprême, trahir la vérité, et faire un parjure. C'est l'institution du *Geniëssverhör* qui a été particulièrement pratiquée dans les cantons de la Suisse allemande. Ce curieux usage est issu de la pensée du Moyen Age (2), qui tenait le serment prêté en face de la mort, comme l'expression certaine de la réalité.

Ce temps n'a-t-il pas été celui de cette coutume bizarre, faite de sauvagerie et de foi, des duels judiciaires en champ clos, où le jugement de Dieu décidait du bon droit par le don de la victoire ? Ainsi donc, le serment prêté par la mère au moment de la délivrance n'a pas seulement la valeur d'un mode de preuve quelconque ; il est empreint d'un caractère religieux, qui l'impose à l'esprit des hommes et entraîne leur foi, car il constitue à leurs yeux comme

(1) V. sur ce point Nagorski, *op. cit.*, p. 13 et suiv., et les législations citées par nous, dans les pages suivantes.

(2) Cf. Leu. *Eidgenössisches Stadt und Landrecht* (der 13 alten Orte) Zurich 1724, p. 430, *seq.*

la révélation divine de la vérité. Cette institution était fort répandue en Suisse ; elle servit même à discréditer la recherche de la paternité, dans le canton de Neuchâtel. Nous en trouvons également des traces à Fribourg. Le Coutumier d'Estavayer de 1671, prescrit qu'« une femme
« ou fille, étant enceinte, devra au temps de son accouchement ou incontinent après qu'elle sera accouchée, être
« examinée par serment pour déclarer à qui l'enfant appartient, et sera tenu l'homme ou le garçon iceluy
« enfant recevoir et tenir pour sien » (1). L'ordonnance contre l'impureté du 7 février 1764, qui resta en vigueur jusqu'en 1821, reproduit ces mêmes dispositions : « L'accusatrice devra soutenir sa déclaration par la prestation
« de serment, dans le temps qu'elle sera en travail d'enfant, si faire se peut, ou au plus tard dans les 2 fois
« 24 heures après son accouchement. Auquel serment
« *pleine foi* devra être ajoutée » (2). A la commission du Code civil en 1825, alors qu'on dirige les attaques les plus vives contre le serment, on s'accorde à déclarer que le
« serment entre vie et mort est seul sérieux » (3). Enfin, un arrêt du tribunal cantonal de Fribourg du 28 avril 1896 recommande « d'attacher à la déclaration de la fille-mère
« pendant ses couches, une importance particulière ».

L'institution du Geniessverhör est encore en vigueur dans les cantons d'Uri, Schwyz et Obwald (4). Ces législations font un devoir à la femme enceinte d'avertir le Gemeindepäsident dès qu'elle ressent les premières douleurs de l'enfantement ; celui-ci se transporte auprès de la fille-mère, accompagné du scribe de la commune, ou envoie un délégué à sa place, afin de recueillir et de consi-

(1) Coutumier d'Estavayer de 1671, p. 121.

(2) Ordonnance contre l'impureté par l'Avoyer et les conseillers de la Ville et République de Fribourg, 7 févr. 1764, art. 1.

(3) Protocole de la Séance du 26 avril 1825, p. 302.

(4) Uri, *lex cit.*, art. 3, avec ce tempérament réclamé par l'humanité que, s'il est impossible d'interroger la mère pendant les douleurs de l'enfantement, on doit la questionner le plus tôt possible après l'accouchement. Schwytz, *lex cit.* art. 15. Obwald, *lex cit.*, art. 7. — Cf. Huber, *System*. T. I, pp. 514, 515.

gner, en temps utile, le serment de la mère. On en profite pour la questionner sur le nom de son amant, l'existence d'une promesse de mariage, et toutes autres circonstances aggravantes. Le serment prêté dans ces circonstances a une valeur probante quasi absolue, et il décide souverainement de l'issue du procès (1-2).

Il est curieux de constater cette étrange survivance d'usages, dont l'origine remonte à une époque très reculée, et qui émanent de mœurs très simples et de croyances disparues. Mais cette institution s'harmonise si parfaitement

(1) Le serment de la mère était recueilli, soit par une sage femme assermentée, soit plus fréquemment par les autorités locales, justicier, conseiller, président de la commune assistés du greffier. Voy. Lau, *op. cit.*, I pp. 431, 433.— Blumer, *Staats und Rechtsgeschichte der Schweiz Demokratie*. 1858, T II, 2. 189. Ce serment devait être prêté avec certaines formes déterminées et fort curieuses. La mère, tenant l'enfant par le bras gauche, l'appliquait contre le côté gauche de sa poitrine, et après avoir été avertie par les autorités de la gravité de l'acte qu'elle allait accomplir, elle prêtait serment de la droite, et jurait sur la tête de l'enfant, de dé igner le véritable père. Cf. Landrecht de Glaris. Lau *op. cit.*, p. 431.

(2) M. Dupré La Tour a relevé sur le registre de la Cour de justice de paternité à Valengin, la consignation d'une déclaration faite par une fille-mère, au moment de l'accouchement. Il nous paraît intéressant de citer ce fort curieux document. La déclaration est datée du 23 août 1829 : « Le sieur justicier Coffranc, ayant informé M. le Recteur de « Valengin, qu'une fille de David L., Marie-Anne, demeurant chez « son père, était en travail d'enfant illégitime, mon dit sieur le justicier, se transporta en conséquence auprès de cette fille, avec le greffier « et le grand sautier dans l'objet de recevoir sa déclaration en paternité, où étant arrivé à 5 h. 1/2 du soir, et l'ayant trouvée dans son « lit en travail d'enfant illégitime ; dans cet état elle a été sommée « par mon dit sieur le justicier de donner gloire à Dieu et à la vérité, et « de déclarer en rondeur de conscience, sans faire tort à personne, de « qui elle a conçu l'enfant, avec telles circonstances qui y ont rapport. « Sur quoi elle a dit qu'il avait été conçu des œuvres de Henri J... « Après cette déclaration, la délégation s'est retirée pour un moment, « environ les sept heures du soir. Le juge désigné, ayant été appelé « par la sage femme présente, il s'est de nouveau rendu auprès de la « fille ; elle a persisté dans ses déclarations, disant que l'enfant de sexe « masculin, qu'elle vient de mettre au monde, et qui paraît avoir « bonne vie, a été conçu des œuvres de Henri J... Ensuite, il a de-

encore avec l'état d'esprit et les coutumes des habitants (1) que force a été au législateur fédéral de permettre l'exercice de ces procédures archaïques et choquantes. N'est-il pas vrai, comme le dit un auteur suisse, qu'en étudiant ces législations on se croirait plongé en plein Moyen Age? Ces procédures barbares sont-elles compatibles avec le grand principe proclamé par l'Aufklärung et la Révolution, l'inviolabilité des droits de la personne humaine? (2) Et de fait, l'Helvétique a rangé le Geniessverhör au nombre des tortures (3). L'étude de cette institution ne fait que confirmer le jugement que nous portions quelques pages plus haut, sur le caractère des procédures cantonales.

Le serment joue également un rôle prépondérant à l'audience. Il est très rare que l'issue du procès repose entièrement sur lui (4) Ordinairement, il ne constitue qu'un complément de preuve. Quand le juge estime que la preuve de la paternité n'a pas été suffisamment établie, et que sa conviction n'est point faite, il peut déférer le serment à l'une ou à l'autre des parties. C'est le serment supplétoire. C'est la partie qui lui paraît le plus digne de foi ou dont les déclarations paraissent le plus vraisemblables, que le juge admet de préférence à jurer par serment. Si c'est à la mère qu'il est déféré, celle-ci affirme qu'elle a eu des relations avec le défendeur, pendant la période légale de la conception et qu'elle n'en a eu qu'avec lui seul. Au contraire, le défendeur jure qu'il n'a jamais connu la demanderesse. D'une façon générale, le serment apparaît comme une faveur (5), qui n'est accordée qu'aux person-

« mandé à cette fille si elle a eu commerce charnel avec d'autres hommes. Réponse : que non. A quelle époque Henri J... a-t-il commencé à la connaître? Réponse : à la saison où l'on cueille les noisettes. « Si le séducteur lui a promis le mariage? Que oui. — Si elle a eu sa compagnie plusieurs fois? — Que oui!

(1) Voy. l'arrêt récent du tribunal de Fribourg, déjà cité.

(2) Peyer, *op. cit.*, p. 87.

(3) *Aktensammlung der helvetischen Republik*. Vol. 3, p. 1235, 1236.

(4) Il en était cependant ainsi dans les législations primitives de la Suisse. Landrecht von Interlaken. Das alteste Landrecht von Obwalden. *Zeitschrift für Schweiz. Recht*. VIII, 73, et X, 20.

(5) Comp. C. civ. bernois, art. 194.

nes dont la parole est digne de créance, et dont la vie a été honorable. Car il convient d'éviter le plus possible les parjures et d'éloigner de la barre les gens sans foi ni honneur. Aussi, étant données la valeur insigne de ce mode de preuve et l'influence décisive qu'il exerce sur l'issue du procès, les législations ont édicté à cet égard des dispositions minutieuses et prudentes. Elles ont dressé de longue liste de cas dans lesquels il convient d'exclure la femme du bénéfice du serment : ces cas sont ordinairement les mêmes que ceux qui constituent l'exception d'inconduite et dans lesquels la mère est déchue du droit d'exercer l'action. Il est curieux de parcourir sur ce point les dispositions très précises des cantons de Schwyz, Uri, Nidwald, Glaris et Soleure (1). Ainsi, le serment est refusé à la demanderesse, quand celle-ci n'a pas fait dans le délai prescrit la déclaration de grossesse obligatoire ; parfois même, nous l'avons vu, la mère est en ce cas déchue du droit d'exercer l'action (2). Certaines législations admettent cependant, que la femme essaie d'expliquer ce manquement, à l'aide d'excuses sérieuses. Il y a aussi exclusion du serment, quand la mère a varié dans ses déclarations sur le nom de son amant, à moins, cependant, qu'elle n'y ait été poussée par la crainte ou la violence ; quand, au moment de la conception, la demanderesse était beaucoup plus âgée que le père (les chiffres sont ordinairement : plus de 24 ans pour la femme, moins de 16 ans pour l'homme) ; quand la date probable de la conception ne coïncide pas avec celle de la naissance ; quand le défendeur établit, qu'étant absent au moment de la conception ou qu'atteint d'incapacité physique, il n'a pu être le père de l'enfant ; quand la demanderesse a été condamnée à une peine criminelle, quand elle a eu déjà des enfants naturels, quand elle a eu commerce avec plusieurs hommes pendant la période critique, quand elle est une fille publi-

(1) Uri *lex cit.*, art. 6 (10 cas d'exclusion du serment) ; Schwyz, art. 24 (5 cas) ; Nidwald, art. 11 (9 cas) ; Glaris, art. 193, P. G. (5 cas) ; Soleure, art. 289, C. G. (10 cas).

(2) Voy. notre travail pages 410, 422

que ou qu'elle mène seulement une vie dissolue (liederlich) ; quand le père est mort avant l'accouchement et que la paternité n'a pas été avouée par lui ; quand il était marié et que la demanderesse le savait ; quand la demanderesse paraît trop simple d'esprit pour être admise à prêter serment... (1-2). D'autres législations cantonales, au lieu de prévoir les cas dans lesquels la mère est exclue du bénéfice du serment, énumèrent limitativement les conditions que doit remplir la demanderesse pour être admise à jurer par serment. Ainsi à Lucerne, il faut être sain d'esprit, avoir au moins 17 ans, et n'avoir pas été condamné à une peine criminelle (3). Lors de l'élaboration du Code civil à Fribourg, on proposait de n'autoriser la femme à user du serment, que si elle était âgée de moins de 20 ans, s'il apparaissait comme certain que le défendeur avait eu des relations avec elle, s'il existait entre les amants une correspondance ou une promesse de mariage, si la « fama » du défendeur était mauvaise (4).

Enfin, un grand nombre de cantons se contentaient de formules générales et laissaient au juge le soin de décider, selon les circonstances de chaque espèce, à laquelle des deux parties il convenait de déférer le serment. Le juge doit d'ordinaire, s'adresser à la partie dont les dires lui paraissent le plus vraisemblables, et dont la bonne réputation inspire confiance. Ainsi à Bâle Ville, quand le défendeur n'a pas avoué, mais est soupçonné (verdächtig) le tribunal fait une enquête sur la conduite et la moralité des deux parties. D'après les résultats de cette enquête et

(1) Dans certains cas, où la mère est exclue du bénéfice du serment (défaut de déclaration de grossesse, condamnation pénale, faiblesse d'esprit) le défendeur est tenu de prêter le serment purgatoire (Reinigungseid). (Uri, *lex cit.*)

(2) Il convient de citer la curieuse disposition de l'ancien droit norvégien, d'après laquelle le défendeur n'était pas admis à prêter le serment purgatoire : quand il y avait ressemblance physique entre lui et l'enfant. Voy. Maurcr. *Über die unechte Geburt nach altnordischem Recht* 1884, p. 27. — Wilda. *Zeitschrift für deutsch. Recht*, 15, p. 265.

(3) Lucerne, *lex cit.*, art. 6.

(4)¹ Séance du Grand Conseil, 4 oct. 1832, p. 702, *seq.* — Cf. de Buman, *op. cit.*, p. 67 et suiv.

les plus ou moins grandes garanties de sincérité offertes par les intéressés, le juge défère à la demanderesse le serment supplétoire (Erfüllungsseid — Bestätigungsseid) par lequel elle appuie, confirme sa plainte ; ou il s'adresse au contraire, au défendeur, si celui-ci lui paraît plus digne de foi, et lui défère le serment purgatoire (Reinigungsseid). S'il estime dangereux de déférer le serment à l'une ou à l'autre des parties, la demanderesse est déboutée (1). Il en est de même à Obwald, Lucerne, Soleure, Argovie, Glaris (2), où le juge doit prendre surtout en considération la plus ou moins grande vraisemblance des dires des parties et les garanties de sincérité qu'elles présentent (3).

On voit donc avec quelle minutie, avec quelle prudence est réglée dans les législations cantonales l'importante question du serment (4). C'est qu'en effet, l'issue du procès dépend du sens dans lequel sera prêté le serment ; il importe donc, de ne pas user à la légère de ce mode de

(1) Bâle-Ville, E. G. O, art. 94, 95. — Cf. Grisons P. R. art. 74.

(2) Obwald, *lex cit.*, art. II ; Lucerne, *lex cit.*, art 6 ; Soleure, C. G., art. 288 ; Argovie, C. civ. art. 239 ; Glaris, C. civ. art. 193.

(3) D'après le C. civ. saxon (art. 1859) le serment ne peut être déféré qu'au défendeur.

(4) L'un des plus précis sur ce point, est assurément le Code civil du canton des Grisons. « Si la mère n'établit pas, avec certitude, les « relations, et si la contre-preuve n'est pas faite par le défendeur, elle « peut être admise au serment supplétoire, pourvu que ses affirmations ne soient pas suspectes en elles-mêmes, et qu'elles soient corroborées par d'autres circonstances, telles que la déclaration de grossesse et la désignation de son séducteur. S'il est besoin, elle sera avérée par le pasteur ou par le curé de son domicile, de l'importance de l'acte qu'elle va accomplir. Elle devra prêter serment, selon la formule légale, certifier qu'elle a eu des relations sexuelles, durant la « période écoulée entre le 300^e et le 220^e jour avant son accouchement « et qu'elle n'a eu de commerce sexuel avec aucun autre homme. Si « elle n'est pas digne d'être admise au serment supplétoire, il est laissé « à la sagesse du juge ou de la débouter, ou d'imposer au défendeur le « serment justificatoire (Reinigungsseid), de telle sorte qu'il devra « jurer n'avoir eu de relations sexuelles avec la demanderesse ni à « l'époque indiquée par elle, ni du 300^e au 220^e jour avant l'accouchement ». Art. 74-76 du C. civ. des Grisons, cité par Champcommunal, *loc. cit.*, p. 125. Cf. Huber. *System*. I, pp. 515 à 521, en ce qui concerne le serment dans les législations cantonales.

preuve dangereux. Il tire toute sa valeur du degré de sincérité et de loyauté de la partie qui en fait usage. Si celle-ci n'hésite pas à faire un parjure, le jugement est rendu à l'encontre du bon droit et de la vérité. C'est pourquoi, les législations cantonales attachent une si grande importance à la moralité, à la bonne réputation des parties. Mais il convient de remarquer, que c'est surtout à l'égard de la demanderesse, que sont prises les plus sévères précautions. Les longues listes de cas d'exclusion du serment la concernent. Au contraire, les mesures prises contre le défendeur sont plus rares et beaucoup moins précises. Il est facile d'expliquer cette différence de traitement. En effet, la demanderesse, ayant la charge de la preuve, cherche à appuyer ses dires par le serment : c'est donc surtout à elle qu'il doit être déféré. Le défendeur, par contre, ne peut se servir du serment que pour se justifier, pour répondre à l'attaque de la partie adverse. Aussi, à raison de son importance et de sa fréquence, le serment de la demanderesse doit-il être entouré de très sérieuses garanties. Et puis, il y a aussi cette raison qui domine toute la question de la recherche de la paternité, c'est que la demanderesse est une fille-mère : elle est donc suspecte, elle s'est rendue coupable d'une faute grave, elle a fait preuve de légèreté et d'immoralité ; et le monde est ainsi fait qu'il considère la perte de la pudeur chez une femme comme entraînant le renoncement à toutes les vertus. C'est sans doute là un préjugé sans fondement, mais il n'en est pas moins fortement enraciné dans la conscience populaire.

Ainsi donc, il apparaît très nettement que les législations ont admis comme à regret, l'usage du serment dans les procès en paternité. Autant elles ont confiance dans le *Geniessverhör* qui leur paraît le moyen infaillible de dévoiler la vérité, car il est prêté en face de la mort, autant elles semblent se défier du simple serment déféré à l'audience à des femmes sans honneur, sans conscience et sans foi.

Étudions maintenant quelle position a prise le législateur *moderne* relativement à cette question. D'une façon générale, le serment perd de plus en plus toute valeur et

tout crédit ; son emploi se raréfie chaque jour. En effet, le serment est surtout un acte religieux ; il implique la croyance à la divinité. Celui qui le prête prend Dieu à témoin de la vérité du fait qu'il affirme, et appelle sur lui la vengeance divine, s'il s'est rendu coupable d'un parjure. La sanction du parjure réside donc dans la punition infligée par la divinité (1). Mais aujourd'hui, avec l'affaiblissement de la foi religieuse, le serment n'offre plus aucune garantie. Prêté par un incroyant, il est dépourvu de sa sanction. Il tire alors toute sa valeur de la loyauté et de la droiture de conscience de son auteur : il n'a plus comme sanction que le seul remords. Or, tout le monde sait bien qu'aujourd'hui, la plupart des hommes ne se font pas scrupule de commettre un parjure, dès que des intérêts graves sont en danger. Tous les jours, devant les tribunaux, des débiteurs affirment mensongèrement, sous la foi du serment, qu'ils se sont acquittés de leur dette.

Le serment présente donc de très graves dangers, et il est d'autant plus suspect qu'à notre époque, la foi va s'affaiblissant, et que la conscience des individus devient moins délicate et plus large. Il serait souhaitable, que le serment fût complètement interdit, comme mode de preuve dans les procès en paternité. Malheureusement, ce vœu est irréalisable, car le serment constitue fort souvent le moyen unique de découvrir la vérité, en provoquant l'aveu des parties en cause. Au cours du dix-neuvième siècle, certaines législations, telles que la loi badoise du 21 février 1851, la loi prussienne du 24 avril 1854, une loi zurichoise de 1874 l'avaient totalement exclu des procès en re-

(1) « Le serment considéré en lui-même, indépendamment de son « évolution historique, dit M. de la Grasserie, se caractérise essentiellement par l'appel à la divinité ; c'est ce qui le distingue de l'affirmation et de l'aveu, qui sans cela se confondraient avec lui... Il est un « contrat avec la divinité. Celui qui jure, en promettant à Dieu de « devoir dire ou d'avoir dit la vérité, ou de remplir telle obligation, « stipule contre lui-même, que s'il enfreint sa promesse, il devra être « frappé de peines spéciales, et souvent de peines actuelles ». De la Grasserie, *Du serment*, 1899, p. 7 et suiv.

cherche de paternité (1). C'était également à cette solution radicale, que s'était arrêté l'avant-projet du Code civil suisse rédigé par M. Huber en 1896 (art. 336, 2^e al.). Déjà abandonnée par l'avant-projet départemental, cette idée fut reprise à la Commission d'experts par M. Gobat qui déniait toute valeur probante au serment, le considérant comme « dépendant uniquement du bon plaisir d'une « des parties » (2). MM. Rossel et Mentha, conformément au principe des vieilles législations cantonales, proposaient de n'admettre le serment que comme une faveur réservée aux femmes jouissant d'une bonne réputation et dignes de foi ; il n'aurait fait, d'ailleurs, que confirmer des présomptions graves et bien fondées (3). Au Conseil des Etats (4). M. Schulthess soutint aussi l'exclusion totale du serment. Mais ces protestations ne furent pas entendues ; on considéra qu'il était impossible d'exclure le serment, sans se priver d'un mode de preuve qui peut être précieux ; on craignait, d'autre part, d'apporter à la plupart des législations cantonales des modifications trop profondes et de bouleverser des coutumes invétérées (5). Le Code civil suisse ne tranche pas expressément la question ; il s'en remet aux cantons du soin de juger de l'admissibilité ou de l'exclusion du serment (6), mais à cette condition qu'il ne peut être interdit exceptionnellement dans les procès en paternité, s'il est autorisé en principe dans les autres actions. « Les cantons, dit l'article 310, « deuxième alinéa, ne peuvent établir en matière de « preuve, des règles plus rigoureuses que celles de leur « procédure ordinaire ». Cette disposition générale a pour but d'éviter que certaines législations cantonales, hostiles

(1) La loi hollandaise du 16 nov. 1909, en ce qui concerne la recherche de la maternité, art. 342 nouv.

(2) *Comm. d'Experts*, p. 380, seq.

(3) *Bulletin*, 1905, XV, pp. 1206, 1207.

(4) *Com. Exp.*, p. 381.

(5) Peyér, *op. cit.*, p. 117, note 2.

(6) Sur la valeur du serment dans les procès en paternité comp. Gmur, *Das ausserhehliche Kindesverhältnis*, p. 30 et suiv. — Planta *Bundesrechtliches Z. G. B.* § 76. — Von Liszt, *Die Pflichten des ausserhehlichen Konkubenten*, p. 33 et suiv.

au principe de l'autorisation de la recherche de la paternité, ne dérogent en cette matière à leurs règles ordinaires de procédure, et n'adoptent des dispositions restrictives qui aggravent les difficultés de la preuve ; par contre, il leur est certainement loisible d'alléger les formalités et de rendre l'action plus accessible. Mais il résulte très clairement des travaux préparatoires du Code, que le législateur a eu principalement en vue le serment, quand il a écrit l'article 310. Pour faciliter la recherche de la paternité, il a prescrit qu'en cette matière le serment devait être admis par les législations cantonales dans les mêmes conditions auxquelles il est soumis, à propos des autres actions. Ainsi l'inobservation par la mère de la formalité qui, dans un grand nombre de cantons l'astreint à une déclaration de grossesse, ne saurait plus avoir pour conséquence, sous l'empire du Code civil suisse, d'exclure la demanderesse du bénéfice du serment (1) ; à plus forte raison, cette procédure préliminaire n'est-elle plus la condition indispensable de l'intentement de l'action (2). Elle peut, certes, contribuer au succès de la demanderesse, faciliter les recherches, mais elle n'a rien d'obligatoire, de même on ne peut plus refuser à la demanderesse l'usage du serment, sous prétexte qu'elle mène une vie dissolue, que son mariage a été dissous pour adultère, ou qu'elle a déjà eu des enfants naturels. Toutes ces dispositions restrictives constituent autant d'obstacles au principe de la libre recherche de la paternité, consacré par le Code civil suisse qui, de plus, répugne à l'idée de frapper d'indignité telle ou telle catégorie d'individus. Or, ce serait faire revivre, grâce à un ingénieux détour, l'esprit des vieilles législations cantonales, si l'on reconnaissait à ces dispositions quelque influence sur la recevabilité de la demande ou l'admissibilité du serment. Par contre, il est certain que le serment peut être refusé, en vertu d'une disposition d'or-

(1) Egger ad art. 310, note 2 d. — Curti Forrer ad art. 310 note 9. — Peyer, *op. cit.*, p. 117, 118.

(2) Peyer, *op. cit.*, p. 97. V. notre travail pages 415, 414. Le Geniess-verhör n'est pas aboli, mais il subsiste seulement, comme mesure de police. Curti Forrer, *loc. cit.* ; Mohr, *op. cit.*, p. 74.

dre général valable pour tous les procès civils. Il en sera ainsi des règles de procédure qui prononcent l'exclusion de la preuve par serment, quand les affirmations antérieures d'une partie sont en contradiction formelle avec les faits établis ou quand la personne varie dans ses déclarations ; ainsi la mère désigne tantôt un individu, tantôt un autre, comme étant son séducteur ; ou bien l'on reconnaît que la cohabitation indiquée par elle dans la procédure préalable, est démontrée être fausse ou n'avoir aucun rapport avec la conception de l'enfant (1).

*
**

Si nous étudions de façon générale le rôle du serment dans les procès en recherche de paternité, nous voyons qu'il peut affecter quatre formes principales. D'ordinaire, il est exigé de la femme qui dépose une plainte contre l'homme qu'elle dit être le père de son enfant : il vient à l'appui de sa déclaration (2). C'est le rôle qu'il jouait dans la règle du droit français : *Virgini creditur*... Il emportait alors la conviction du juge, tout au moins en ce qui concerne la question de provision. Cette forme du serment ne se rencontre plus aujourd'hui que dans de très rares législations ; elle tend à disparaître (3). Si la mère est tenue

(1) *Bull.* Huber, XV, p. 838. — V. Huber, *System.* I, p. 505. — Peyer *op. cit.*, p. 117.

(2) Schwyz, *lex cit.* art. 23. Il convient de remarquer la curieuse disposition du Code civil chilien ; c'est au défendeur, qu'est déferé le serment ; il doit déclarer, devant le juge, s'il est ou n'est pas le père. On s'en remet entièrement à sa conscience. S'il fait défaut après deux citations, la paternité lui est attribuée.

(3) En Angleterre et en Ecosse, la femme n'est pas crue sur son seul serment ; il lui faut apporter des preuves à l'appui de son affirmation. En Suède, il est nécessaire qu'il existe un commencement de preuve par écrit, pour que la femme soit admise à prêter serment. — On trouve également le serment à l'appui de la demande, dans les législations de l'Illinois 3 avril 1872, Névada 1^{er} mars 1883, dans le Code du Tennessee de 1884, dans les Codes de l'Ohio et de la Louisiane.

de prêter serment en dénonçant son amant, ce serment ne suffit pas à trancher le procès en paternité ; il doit être corroboré par d'autres moyens de preuve, et il est soumis à la libre appréciation du tribunal (1).

Mais si l'issue du procès ne dépend pas uniquement du serment prêté par la mère, à l'appui de sa demande, du moins il s'établit une présomption de paternité contre l'homme dénoncé, désigné par la demanderesse, et celui-ci est tenu, dans certaines législations, de déclarer sous serment en justice, qu'il n'a pas eu avec cette femme des rapports sexuels à l'époque de la conception. Si le défendeur refuse de prêter le serment *justificatoire*, ou s'il fait défaut, il est considéré comme étant réellement le père de l'enfant. Ce système a été adopté en particulier par la loi danoise du 27 mai 1908. Elle décide même qu'en cas de présomption grave contre l'homme, la plaignante peut obtenir le droit de déclarer sous serment que pendant une période fixée par le tribunal, elle a eu des rapports avec l'homme accusé et n'en a eu aucun avec d'autres hommes, pendant cette même période (2). Ainsi, dans cette hypothèse, c'est exclusivement le serment de la mère qui tranche le procès ; cette disposition est assurément grosse de dangers.

On rencontre également le serment *litisdécisoire* : il est même, au moins, dans les pays germaniques, d'un emploi fréquent (3). On sait que ce serment est déféré ou référé par l'une des parties à l'autre. Les choses se passent d'ordinaire de la façon suivante : le défendeur oppose, à tout

(1) La règle de l'ancien droit français : *Virgini creditur...* se rencontre aujourd'hui encore, avec son rôle et son esprit, dans la loi norvégienne du 6 juillet 1892. Quand la mère veut obtenir des mesures provisionnelles, (il en est spécialement ainsi, quand le père se dispose à émigrer art. 14 et 15) elle doit déclarer sous serment, qu'elle est enceinte de tel individu et faire la preuve de son état de grossesse. L'autorité fixe alors le montant pour lequel la garantie doit être fournie, art. 16 de la loi.

(2) Loi danoise du 27 mai 1908, art. 13.

(3) Voy. Haléwyck *op. cit.*, p. 64.

hasard, l'*exceptio plurium* ; la mère est alors invitée à affirmer solennellement que pendant le délai légal de la conception, elle n'a eu commerce qu'avec le défendeur. Si elle y consent et qu'elle jure être restée fidèle, le serment met fin au litige ; il emporte la décision du tribunal, il lie le juge, qui est contraint de faire droit aux prétentions de la demanderesse. Mais l'hypothèse inverse est également possible. La demanderesse peut sommer le défendeur de jurer qu'il n'a pas eu avec elle de rapports sexuels pendant la période de la conception. Ce dernier est dans l'obligation, ou de prêter serment ou de le référer à l'actrice ; sinon il succombe (1). Cette forme du serment est aussi fort dangereuse, car en définitive l'issue du procès y est tout entière attachée.

Seul, le serment *supplétoire* paraît ne présenter aucun inconvénient grave. Quand la conviction du juge n'est pas solidement établie et qu'il conçoit encore des doutes sur la paternité du défendeur, il peut recourir à ce moyen suprême et déférer le serment à celui des plaideurs qui lui inspire le plus de confiance, et lui paraît offrir les meilleures garanties de moralité et de sincérité. C'est, en effet, à cette seule condition que le serment peut avoir quelque valeur. D'ailleurs, il ne s'impose pas au juge, il ne le lie en aucune façon ; celui-ci reste libre de l'apprécier, comme tout autre moyen de preuve. De même, le refus de le prêter n'entraîne pas nécessairement la perte du procès.

Il nous semble que c'est sous cette dernière forme seulement que le serment est acceptable dans les procès en recherche de paternité ; et encore, n'en faut-il user qu'avec ménagement. Il peut servir à compléter une preuve ; il ne doit pas en tenir lieu (2) ; et surtout il ne saurait suffire à trancher une aussi grave question. Sans doute l'idéal serait de l'interdire dans les procès en recherche de pater-

(1) Cet effet du refus du défendeur de prêter serment, est assez fréquent. Voy. Fribourg C. civ. art. 223, 224; Code du Honduras de 1880.

(2) C'est sous cette forme que MM. Rossel et Mentha avaient proposé de l'adopter. Voy. *Com. Exp.*, p. 380 seq.

nité ; quelques législateurs l'ont osé. Mais il est bien difficile de l'exclure (1), étant donné qu'il constitue souvent l'unique moyen de connaître la vérité ; il est impossible de se priver du témoignage de la mère, si l'on veut parvenir à dévoiler le mystère dont elle connaît seule le secret. On pourrait alors, dit M. Haléwyck, « sonner le glas de la « recherche de la paternité » (2). Mais, d'autre part, le serment renferme en lui d'irréductibles vices. Déjà, à une époque où la foi religieuse était encore assez vive, la pratique en avait révélé les abus intolérables (3). Le canton de Zurich dut même l'interdire en 1874 (4). Quels bienfaits peut-on attendre d'un mode de preuve qui a moins un caractère civil que religieux, quand il émane d'un individu qui ne croit plus en la divinité, et dont la conduite ne révèle pas l'existence d'une conscience morale bien délicate ? En outre, n'est-il pas cruel de mettre une femme dans cette affreuse alternative : ou de se parjurer, ou de perdre sa réputation et de sacrifier la vie de son enfant ? Enfin, quelles garanties de sincérité peut offrir un serment prêté par une courtisane, une prostituée ? Aussi, dans tous les pays où il est fait un fréquent usage de ce mode de

(1) Voy. Planta, *loc. cit.*

(2) Haléwyck *op. cit.*, p. 72.

(3) Un auteur suisse rapporte sur ce sujet une anecdote plaisante : une femme venait de jurer sous la foi du serment, qu'elle n'avait eu pendant la période critique de rapports sexuels qu'avec le défendeur ; et elle se vantait au sortir de l'audience d'avoir juré pour les jours, et non point pour les nuits. Voy. Brünner, *Tagblt. des Gr. Rates* 1869, 276. — Unger constate également, qu'il n'y a rien de plus fréquent que le parjure dans les procès en paternité. « Denn die Geschichte geschieht inter duos. » Il rappelle à ce sujet une histoire rapportée dans les « *Fliegenden Blätter*. » Un paysan demande à l'autre : « Qui donc gagnera le procès ? et l'autre de répondre avec assurance : « Celui auquel le serment sera déféré ». Voy. Unger, *Verhandlungen des dritten deutschen Juristentages*. 241. Cf. Weber, *Das Recht der unehelichen Geburt*, p. 45, n° 46.

(4) Avant l'abolition du serment à Zurich (1874) on comptait 17 0/0 des procès qui se terminaient par la délation de serment à la mère. De 1867 à 1874, on ne cite qu'un seul cas, où la mère se soit refusée à prêter serment. Cité par Dupré la Tour *op. cit.*, p. 118.

preuve, les parjures abondent. Il en est ainsi en Allemagne (1), où non seulement le serment est déféré à la fille-mère qui est partie au procès, mais où elle doit aussi prêter serment, avant de déposer comme témoin. Cependant on ne paraît pas s'alarmer sérieusement de ces graves dangers (2). D'ailleurs, en général, le défendeur a eu réellement des rapports avec la demanderesse et s'il n'est pas véritablement le père de l'enfant, il s'est, du moins, exposé à l'être. Ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, on n'est pas éloigné, en Allemagne, de la théorie de la possibilité de la paternité, et même de l'idée du risque de paternité. En tous cas, il faut constater avec M. Roux (3) et M. Scherer (4) qu'au fond, sous l'empire du Code civil « allemand, étant donné que dans l'immense majorité des cas, les affirmations de la mère sont l'unique preuve sur laquelle repose tout le débat, on en est revenu à la maxime : *Virgini creditur...* ».

Les législations latines sont muettes sur ce sujet (5). Elles n'autorisent spécialement ni n'excluent l'usage du serment dans les procès en recherche de paternité ; elles s'en remettent au droit commun. Et, de fait, elles ne pouvaient ni ne devaient prêter un rôle prépondérant à un moyen de preuve aussi dangereux, aussi délicat, et dont la valeur va diminuant (6). Elles le pouvaient d'autant

(1) Le parjure est commis par la mère, qui affirme toujours être restée fidèle au défendeur pendant toute la durée légale de la conception. Il l'est aussi par le défendeur qui produit de faux témoins. Un ami complaisant vient affirmer à l'audience qu'il a eu également, pendant la période critique, des rapports intimes avec la demanderesse. Il existait même à Berlin un office spécial, qui fournissait des témoins sur commande. Voy. Fuld. *Soziale Medizin und Hygiene* 1905. T. I, p. 283. — Cf. Haléwyck. *op. cit.*, p. 68.

(2) Cf. Haléwyck. *op. cit.*, p. 71, 72.

(3) Roux. *op. cit.*, p. 103.

(4) Scherer, *Kommentar zum B. G. B.* 1. IV, p. 377.

(5) Au Sénat belge, M. Braùn attira l'attention sur ce point : « L'une des principales garanties de la preuve orale, dit-il, le serment religieux, est battue en brèche, et la notion de sa sainteté s'obscurcit parmi les populations. » Sénat, 1907, n° 189, p. 186, 2^e col.

(6) D'ailleurs le serment, qu'on tend à dépouiller de son caractère religieux, n'aurait plus de raison d'être et n'offrirait plus aucune ga-

moins qu'elles attribuaient des effets plus étendus à la déclaration judiciaire de paternité, et qu'elles rendaient plus désastreuses les conséquences du parjure. Il serait d'ailleurs fort surprenant que les tribunaux français ne fassent pas du serment un usage des plus prudents dans tous les procès en paternité.

rantie. On jure sur sa conscience, sur son honneur ; mais « ce moyen
« est tout à fait illogique, l'homme, la conscience sont des entités ;
« ils se confondent avec le jurant lui-même, qui ne saurait ainsi se
« dédoubler. Quant à l'affirmation pure et simple, c'est un mot vide ;
« en déposant, on affirme par cela même ce que l'on dit. Le serment
« doit être religieux ou ne pas être ; le serment laïque est un non sens,
« aussi bien que le baptême laïque qu'on a voulu instituer. » De la
Grasserie. *Du serment*, 1899, p. 39.

CHAPITRE V

LA QUESTION DES ENFANTS ADULTÉRINS ET INCESTUEUX.

Les législations germaniques ne sont généralement *aucune distinction* entre les diverses catégories d'enfants naturels (1). Elles les admettent tous sans restriction à la recherche de la filiation illégitime, qu'ils soient enfants naturels simples, adultérins ou incestueux. Tous sont en principe soumis au même régime (2). Cette règle, qui est traditionnelle dans les pays germaniques (3), est en harmonie avec le sentiment général des populations. Les rédacteurs de l'*Exposé des Motifs* du Code civil allemand nous disent qu'on s'indigne en Allemagne à la pensée de faire retomber sur la tête de l'enfant innocent et faible la faute des parents ; et on ne saurait, sous prétexte de sauvegarder les intérêts de la famille légitime et de conserver au mariage sa dignité, vouer à la misère et à la destinée la plus affreuse l'enfant issu de relations coupables (4). « Le principe de notre Code civil français, dit « M. Roux, d'après lequel la manifestation d'un désordre

(1) La classe spéciale des Brautkinder que connaissaient avant 1900 le Code saxon, les lois de Saxe Altenburg, Saxe Weimar et Reus (ligne cadette) n'a pas été conservée par le C. C. allemand.

(2) Cependant, la légitimation par rescrit n'est point permise à l'égard d'un enfant incestueux (art. 1732 C. C. all.). — Cf. art 1310.

(3) Voy. lois de Saxe-Cobourg, 28 juillet 1858, art. 28-35 ; Saxe-Meiningen, 9 sept. 1844 ; Gotha, 1^{er} juillet 1869, art. 12 ; Reuss (l. cadette), 10 déc. 1853, art. 20. — Holstein, ord. du 4 juillet 1863, art. 4 ; Weimar, loi du 6 avril 1833, art. 19 ; Sondershausen, ord. sur les successions du 8 déc. 1829, art. 15-16.

(4) Voy. *Motifs du C. C. all.*, t. IV, p. 857 ; Comp. Haléwyck, *op. cit.*, p. 4 et 5.

« caché n'est jamais, pour l'intérêt social, compensé par
 « la réparation d'un dommage individuel, n'a pas semblé
 « décisif au législateur allemand. Ni au point de vue de
 « la morale, ni au point de vue du droit, il n'a cru utile de
 « frapper des rigueurs de la loi cette catégorie d'enfants
 « naturels, qu'il traite sur le pied d'égalité avec les enfants
 « naturels simples. Sans doute, les droits de la famille
 « légitime sont respectables aux yeux des rédacteurs de
 « *l'Exposé des Motifs*, mais ceux de l'enfant, quelle que
 « soit son origine, ne le sont pas moins à leur avis » (1). Il
 en résulte que tous les enfants naturels sont admis à la
 recherche de la paternité. On ne trouve généralement pas
 dans les lois de définition de l'illégitimité. Elle n'est donc
 déterminée que d'une manière négative. Sont ordinaire-
 ment tenus pour illégitimes : les enfants nés de filles-mères,
 c'est-à-dire de femmes non mariées à l'époque de la con-
 ception ni à celle de la naissance ; les enfants nés plus
 de 300 ou 302 jours (selon les législations) après la dissolu-
 tion du mariage ; les enfants désavoués par le mari de
 leur mère, ceux qui sont issus de mariages nuls, quand
 les époux avaient connaissance de la nullité (2), ou de ma-
 riages inexistants, à raison de l'absence de consentement
 ou de vice de forme.

Le Code civil suisse s'est rallié sur ce point à la tradition
 germanique (3) : tous les enfants naturels peuvent réclamer
 des aliments à leur père. Cependant, l'action en paternité
 ne peut être dirigée contre un homme marié, à l'époque de

(1) Roux. *De la condition juridique des enfants naturels en Allemagne*, Paris, 1900, p. 8.

(2) Cette distinction n'est pas reproduite dans le Code civil suisse qui déclare légitimes les enfants issus d'un mariage déclaré nul, même quand les parents n'étaient pas de bonne foi. (Art. 133.)

(3) La distinction entre les diverses sortes d'enfants naturels était consacrée par les cantons romands qui interdisaient la reconnaissance volontaire des enfants adultérins ou incestueux ; elle était inconnue des cantons germaniques. Par contre, ceux-ci faisaient une situation plus favorable aux Brautkinder. Le C. C. suisse a supprimé toutes ces distinctions. Cependant, il réserve à ces derniers la légitimation par rescrit (art. 260).

la cohabitation (art. 323, 2^e al., C. civ. suisse), quand elle doit entraîner des conséquences d'état civil ; mais même, dans ce cas, l'enfant peut obtenir des aliments : l'action alimentaire n'est pas interdite (1). Il convient de remarquer qu'en ce qui concerne la reconnaissance volontaire, le Code civil suisse s'est rallié au système français, et en exclut les enfants adultérins et incestueux (art. 304, Code civil suisse).

Au contraire, les législations latines opèrent un départ très tranché entre les enfants naturels simples et les adultérins et incestueux. Elles consentent à ce que la filiation des premiers soit établie, mais elles considèrent que l'origine criminelle des seconds doit rester secrète, sous prétexte que sa révélation provoquerait le désordre dans les familles, en déterminerait la destruction et, suscitant des débats scandaleux, jetterait le trouble dans le corps social. Nous en sommes restés sur ce point aux idées du tribun Lahary : « La naissance d'un enfant, fruit de l'inceste ou « de l'adultère, disait-il, est une vraie calamité pour les « mœurs. Loin de conserver aucune trace de son existence, « il serait à désirer qu'on pût en éteindre jusqu'au sou- « venir... Flétrir ainsi la violation du saint nœud du ma- « riage, c'est l'honorer de la manière la plus utile. Y au- « rait-il rien de plus immoral et de plus contraire aux « convenances sociales, que d'assurer la protection de la « loi à cet enfant monstrueux qui, pour quelques aliments « qu'il peut se procurer d'ailleurs, accuserait les auteurs « de ses jours de lui avoir donné naissance par un « crime » (2). Nous ne pouvons traiter en passant cette grosse question de la filiation adultérine et incestueuse : elle nécessiterait une étude complète et approfondie (3). Il

(1) Le C.C. suisse prévoit spécialement, dans l'art. 316, le cas où la mère était mariée au moment de la conception ; il faut attendre, pour être admis à intenter l'action, que la filiation illégitime ait été déclarée par le juge.

(2) Locré, t. VI, p. 264-269.

(3) Voy. Guérin de Litteau. *Condition juridique des enfants adultérins et incestueux*. Thèse, Paris, 1913.

est bien certain que si l'on s'inspire seulement de l'intérêt de l'enfant, celui-ci ne peut être rendu responsable de la faute de ses parents, si grave soit-elle. Quelle que soit son origine, il a droit à la vie, à des aliments, à la protection de ses père et mère. Comme l'a dit Laurent, il n'y a pas de plus grand scandale que de dénier l'action en justice à ceux qui ont un droit, sous prétexte de scandale. D'autre part, avec ce système, on aboutit à assurer l'impunité à l'homme qui est doublement coupable d'avoir trahi la foi du mariage et, après avoir séduit une fille, renié son enfant naturel. La gravité de sa faute lui vaut l'indulgence du législateur ; il échappe à toute responsabilité, précisément parce qu'il peut invoquer comme excuse le crime de l'adultère : il est absous parce qu'il a « trahi » deux femmes à la fois : l'épouse légitime et la femme « d'occasion » (1). Mais le législateur latin se contente de détourner la tête et de vouloir ignorer la réalité. Peut-être serait-ce une attitude plus franche et surtout plus efficace de prendre les choses telles qu'elles sont et d'infliger aux vrais coupables la peine de leur abominable forfait.

Cependant, pour qu'une telle réforme soit réalisée, il faut qu'elle soit préparée par l'évolution des mœurs. Or, dans les pays latins, elle n'est point achevée ; néanmoins on peut constater qu'il s'opère, sur ce point, un mouvement d'opinion non douteux. Attendons qu'il s'affirme et s'accroisse. Dans les lois récentes sur la recherche de la paternité, les législateurs des pays de civilisation latine ont encore refusé d'accorder le bénéfice de la réforme aux enfants adultérins et incestueux. De nombreux amendements avaient pourtant été présentés dans ce sens ; mais ils ont été combattus et repoussés à l'aide des arguments classiques sur la question.

La loi française du 16 novembre 1912 n'exclut pas, en termes exprès, les enfants adultérins et incestueux ; mais leur exclusion résulte des articles 335 et 342 du Code civil

(1) M^{me} Hector Denis. Rapport au Congrès féministe de Gand.

qui n'ont point été modifiés (1). Un enfant ne peut être admis à la recherche de la paternité ou de la maternité, dans les cas où la reconnaissance volontaire n'est pas admise. M. Louis Martin avait cependant tenté, dans la séance du 17 juin 1910, d'apporter un correctif à la prohibition de l'article 342. Il demandait qu'il fût permis à l'enfant qui a perdu son état par suite de l'exercice contre sa mère de l'action en désaveu, de faire constater sa filiation paternelle. Dans ce cas le scandale n'est plus à craindre ; il a éclaté par suite de l'action en désaveu (2). Pourquoi refuser à cet enfant le droit de rechercher son père ? L'adoption de cette disposition eût eu l'avantage de mettre cette partie de la législation en harmonie avec la loi du 7 décembre 1907 qui autorise la légitimation des enfants adultérins par le mariage subséquent de leurs père et mère, quand ils ont été désavoués par le mari de leur mère ou qu'ils sont nés plus de 300 jours après l'ordonnance du président qui, au cours du procès en divorce, tentait de concilier les époux. Mais l'amendement de M. Martin fut combattu par le rapporteur et le Garde des Sceaux. Ils se refusèrent à traiter incidemment cette grave question de la filiation adultérine. De plus, on eût ainsi créé une différence injustifiable entre la reconnaissance volontaire qui continuait à être interdite à l'égard des enfants adultérins et incestueux, et la reconnaissance judiciaire qui eût été autorisée. Ainsi, un enfant aurait pu diriger une action en recherche de filiation contre un homme, alors que celui-ci n'aurait pas le droit de le reconnaître (3). Dans le rapport à la Chambre, M. Viollette ajoute d'autres raisons qui sont moins convaincantes : « La « loi n'est pas applicable aux enfants adultérins, dit-il. « Bien qu'il soit odieux de penser que le mariage puisse « permettre d'échapper aux conséquences de l'inconduite,

(1) Voy. Wahl, n^{os} 7 et 8, p. 11. — Brun, *op. cit.*, p. 110. — Lavo-lée, *op. cit.*, p. 142.

(2) Voy. Sénat, Déb. parl., *J. off.*, 18 juin 1910, p. 1527, 1528.

(3) Voy. *eod. loc.* Réponse de MM. Guillier et Barthou.

« la personnalité de l'action intentée contre le père et son caractère à demi pénal sont des raisons suffisantes pour que les effets du procès ne soient pas supportés par l'épouse légitime et par ses enfants » (1). Or, l'action en recherche de paternité a un caractère purement civil. Aucune peine n'est prononcée contre le père. De plus, l'action en recherche de paternité peut parfaitement être introduite contre un homme qui était célibataire au moment de la conception et a contracté mariage dans la suite. Dans ce cas, les effets du jugement atteindront certainement l'épouse et les enfants légitimes. Ce qui ressort clairement du débat, c'est qu'on n'a point voulu résoudre, à propos de la réforme de l'article 340, cette autre question délicate de la filiation adultérine et incestueuse. Mais on sait qu'elle est à l'étude en ce moment et qu'on s'emploie à compléter la loi du 2 décembre 1907 (2).

En Belgique, au cours des débats qui précédèrent le vote de la loi du 6 avril 1908, la situation des enfants adultérins et incestueux fut l'objet de nombreuses et vives discussions (3). MM. Denis et Libiouille plaidèrent avec ardeur la cause de ces enfants. A la Chambre, ils réclamèrent pour eux le droit de faire constater leur filiation et d'exercer l'action en recherche de paternité à l'égal des enfants naturels simples. Cette proposition fut repoussée. Au Sénat, comme il n'était plus question que d'accorder une pension alimentaire à l'enfant naturel, les difficultés paraissaient s'aplanir. Aussi la commission de justice du

(1) Rapport à la Chambre, 1911, p. 22.

(2) Chambre, *J. Off.*, Déb. parl., 1908, p. 1142 à 1147. — Sénat, Rapport, 16 déc. 1913. Sénat, Doc. parl. 1913, annexe n° 457, p. 90. — Débats, 13 fév. 1914.

(3) Voy. art. 331 à 338 de l'*avant-projet de révision du Code civil belge*, par Paul Laurent. — Cf. Chambre belge, 1906, n° 13, p. 15. — Note de minorité de M. Denis, n° 24, p. 26-27. — Van den Heuvel, n° 36, p. 37. — Janson, n° 61, pp. 60 et suiv. : Discours de MM. Denis, Colaert, Van den Heuvel. — Rapport au Sénat, n° 97, p. 122 ; n° 115, p. 132 ; n° 131, p. 145. — M. Libiouille, n° 190, p. 188. — M. Van den Heuvel, n° 208, p. 204 et suiv. — MM. Libiouille, Léger, Goblet, d'Aviella, Bouaert, etc.

Sénat proposait-elle d'admettre, à l'exercice de l'action, les enfants nés de parents entre lesquels le mariage pouvait être autorisé par dispense et ceux dont le caractère adultérin résultait de l'existence d'un mariage dissous : Il s'agissait, dans ce dernier cas, des enfants déclarés adultérins à la suite d'une action en désaveu intentée par le mari de leur mère. Seule, la première partie de cette proposition fut adoptée et insérée dans la loi du 6 avril 1908. Par l'article 342 b, les prohibitions des articles 331, 335 et 342 a sont donc tempérées, en ce sens qu'elles ne concernent plus les enfants nés de personnes parentes ou alliées entre lesquelles le mariage peut être autorisé par dispense royale (1). Ainsi, seuls les enfants incestueux voient leur situation s'améliorer : ceux qui satisfont aux conditions de l'article 342 b peuvent faire l'objet d'une reconnaissance volontaire ou d'une légitimation ou intenter une action en recherche de filiation. La disposition ne concerne nullement les enfants adultérins (2).

Certaines législations appartenant au groupe latin se montrent plus bienveillantes à l'égard des enfants adultérins et incestueux. Elles leur accordent toujours un droit aux aliments et surtout elles leur permettent de l'exercer. En effet, le Code Napoléon est singulièrement illogique. Dans l'article 762, deuxième alinéa, il reconnaît bien aux enfants adultérins et incestueux une créance d'aliments contre leurs père et mère ; mais il leur interdit, par ailleurs, d'établir leur filiation. Il leur retire d'une main ce qu'il leur accorde de l'autre. Singulière attitude que M. Ga-

(1) Une disposition semblable a été adoptée par l'ordonnance monégasque du 3 juillet 1907. V. art. 232 C. civ. mon.

(2) Une remarque fort juste a été faite au cours des débats au Sénat : M. Van den Heuvel, ministre de la Justice, a parfaitement montré que, dans le C. civ., les enfants adultérins et incestueux n'étaient pas privés de toute filiation. Ils peuvent parfaitement établir leur filiation vis-à-vis de l'un de leurs auteurs, à condition que l'autre ne soit pas connu ; ils pourront rechercher, selon les cas, soit leur père, soit leur mère. Ce qui leur est interdit, c'est de faire constater leur double filiation, car l'adultère ou l'inceste serait ainsi révélé. Voy. Van den Heuvel. Sénat, 1907, n° 190, p. 188.

lopin appelle une véritable « incohérence législative » (1). Au contraire, le Code civil espagnol dispose que les enfants illégitimes, qui ne sont pas dans la condition des enfants naturels, peuvent exiger de leurs parents des aliments ; ce droit s'exerce si la paternité ou la maternité résulte d'un jugement définitif prononcé au criminel ou au civil ; ou d'un document certain, émané du père ou de la mère et dans lequel la filiation est expressément reconnue (2). L'article 193 du Code civil italien contient une disposition semblable, les projets de réforme récents, relatifs à la recherche de la paternité, ne font que la confirmer et l'étendre. Ils proposent de permettre à l'enfant, dont la reconnaissance est interdite, de faire constater sa filiation dans tous les cas où l'action en recherche de paternité est autorisée : viol, séduction, possession d'état, concubinage, aveu de paternité. Mais l'enfant n'obtiendrait jamais, dans cette hypothèse, qu'une pension alimentaire (3). Ainsi, à l'égard des enfants naturels simples, l'action en recherche de paternité aurait le caractère d'une action d'état, tandis qu'elle ne tendrait qu'à des aliments quand elle serait exercée par des enfants adultérins ou incestueux. Il y a là assurément une solution très ingénieuse du grave problème de la filiation adultérine et incestueuse. Sa consécration sera l'œuvre du législateur futur ; mais il faut attendre que l'opinion se soit modifiée sur ce point, que beaucoup de scrupules, de superstitions et de préjugés se soient effacés de la conscience sociale.

(1) Galopin, *op. cit.*, n° 38, p. 31.

(2) Cf. art. 139-140, C. civ. espagnol.

(3) Cf. Projet ital. Gianturco (sur l'art. 193 du C. civ. ital.). — Projet Scialoja (1910), art. 8.

DEUXIÈME PARTIE

—

LES

EFFETS DE LA FILIATION NATURELLE

JUDICIAIREMENT CONSTATÉE

PRINCIPES GÉNÉRAUX

Nous avons ainsi étudié les conditions de recevabilité de l'action en recherche de paternité ; nous avons vu par quels modes la preuve pouvait être rapportée et administrée. Il nous faut maintenant examiner quels sont les effets juridiques que produit le jugement déclaratif de paternité.

Nous allons retrouver également, à propos de cette étude, la distinction que nous avons établie entre les législations de civilisation latine et les législations de civilisation germanique. Dans les premières, la preuve est assez difficile à établir, elle est minutieusement et étroitement réglementée, mais quand le demandeur parvient à triompher, ses droits sont fort étendus. Au contraire, dans les législations germaniques, la preuve est très large, toutes les voies de droit sont ouvertes, mais les effets du jugement se restreignent à une créance alimentaire en faveur de l'enfant. Nous reconnaissons là les conséquences de *la loi sociologique de balancement, d'oscillation entre les preuves et les effets*. L'importance et l'étendue des effets varient en raison inverse de la facilité de la preuve. C'est ce qui faisait dire à M. de la Grasserie, non sans quelque exagération : « Sous des apparences différentes, l'enfant « naturel est maltraité partout. Ici on ne lui permet que « des preuves, là on ne lui permet que des droits » (1). Le même principe s'applique dans les législations suisse et belge, qui ont adopté à la fois les deux systèmes latin et germanique. Tantôt l'action tend à de simples aliments, et, en ce cas, son accès est facile ; cependant, nous avons vu que la loi belge prévoyait limitativement les hypothèses dans lesquelles l'action en pension alimentaire elle-même pouvait être exercée : ainsi, bien que les effets de l'action

(1) De la Grasserie. *Revue critiq.*, 1906, p. 614.

prévue par l'article 340 *bis* soient restreints, la preuve n'est pas largement permise. On a pu dire, avec raison, du législateur belge, qu'il « avait raisonné à l'allemande, mais « statué à la française » (1). Faisant preuve d'une logique plus sûre, le législateur fédéral se contente d'édicter la présomption générale de paternité que le droit germanique fait peser sur l'homme qui a cohabité avec la mère pendant la période légale de la conception. Au contraire, dans certaines hypothèses déterminées (acte criminel, possession d'état d'après la loi belge, séduction par promesse de mariage ou abus d'autorité d'après le Code civil suisse), l'action est une véritable action d'état et les effets normaux de la filiation se réalisent.

Certaines législations latines ont pris soin d'indiquer expressément quels sont les effets de la filiation judiciairement constatée : ce sont principalement le droit, au nom des père et mère, le droit de leur réclamer des aliments, le droit de prendre une part de leur *succession* (2). *Ainsi, les effets du jugement de reconnaissance sont absolument identiques à ceux de la reconnaissance volontaire.* Quel que soit le titre qui la constate, la filiation naturelle engendre les mêmes conséquences. L'article 341 c, premier alinéa, du Code civil belge (loi du 6 avril 1908), dispose en propres termes que : « Le jugement, qui déclare la filiation naturelle, produit les mêmes effets que la reconnaissance ». Il n'était pas inutile, en effet, d'indiquer cette solution, car les auteurs discutaient vivement la question de savoir si les effets de la reconnaissance judiciaire sont les mêmes que ceux de la reconnaissance volontaire. Cependant, la doctrine et la jurisprudence se prononçaient généralement dans le sens de l'affirmative. C'est précisément parce qu'ils ont considéré cette solution comme certaine et évidente par

(1) Champcommunal, *loc. cit.*, p. 106.

(2) C. civ. espagn., art. 134. — C. civ. portug., art. 133. — C. civ. monég., art. 239. — Cf. Van den Heuvel, Sénat belge, n 73, p. 95, 2^e col. Il ajoute à la liste habituelle le droit à la protection des parents.

elle-même, que les rédacteurs de la loi française du 16 novembre 1912 ont jugé inutile de l'indiquer. Le projet élaboré par la Commission sénatoriale renfermait un article ainsi conçu : « Les effets de la reconnaissance judiciaire « prévue par la présente loi, sont les mêmes que ceux qui « dérivent de la reconnaissance volontaire constatée par « acte authentique » (art. 7). Ce texte ne fut pas maintenu dans la loi de 1912 : il ne fit d'ailleurs l'objet d'aucune discussion. Il fut supprimé uniquement parce qu'on estima qu'il était inutile d'allonger la loi nouvelle par le maintien d'une phrase qui énonçait une vérité indéniable. Aucune différence ne doit être faite entre les enfants naturels, qu'ils aient été l'objet d'une reconnaissance volontaire ou qu'ils aient obtenu un jugement déclaratif de filiation. « Leurs droits, dit M. Guillier, *découlent du fait de leur « naissance, non de la volonté de leur père* » (1). Ils ne se limitent donc pas à une simple créance d'aliments. Le système de la paternité alimentaire n'a été envisagé à aucun moment au cours des débats. Les enfants naturels ont donc droit, au nom de leur père, à une part dans sa succession. Bien que la loi soit muette sur tous ces points, ces solutions ne sauraient être mises en doute (2). « Du moment où aucune décision, dit M. Viollette, n'est intervenue pour donner aux enfants un statut spécial, puis-« qu'il s'agit d'une reconnaissance, l'application du droit « commun s'impose. C'est encore au droit commun qu'il « faut se rapporter dans tous les cas où la proposition de « loi reste muette » (3). C'est donc en s'inspirant de ces paroles du rapporteur qu'il faut interpréter la loi française.

Mais, dans le système latin, l'enfant n'acquiert pas seulement des droits. Il est également soumis à des obligations ; les devoirs d'obéissance, de respect envers son père lui incombent ; il lui doit également l'assistance, si ce der-

(1) Guillier. Rapp. au Sénat, 1908, n° 369, p. 43.

(2) Voy. Wahl, *loc. cit.*, n° 106 et suiv., p. 79 et suiv. — Brun, *op. cit.*, p. 141 et suiv.

(3) Viollette. Rapport à la Chambre, 1911, p. 23.

nier, tombe dans la misère : l'obligation alimentaire est réciproque. Il doit requérir son consentement, s'il veut se marier ou se faire adopter. Bien plus, le père acquiert de véritables droits sur la personne de l'enfant. Il exerce le droit considérable de la puissance paternelle avec tous ses attributs : droit de correction et de jouissance légale ; il administre les biens de l'enfant (il est d'ordinaire apporté certaines restrictions à ce dernier pouvoir, voy. art. 389 nouv. du Code civ. français). Le père est enfin appelé à la succession de son enfant naturel.

En résumé, dans les législations latines, la parenté naturelle est organisée sur le type de la parenté légitime dont elle est une image affaiblie. Elle n'a qu'un seul degré ; l'enfant naturel n'entre pas, à proprement parler, dans la famille de son auteur. Les droits de l'enfant naturel sont, en principe, identiques à ceux d'un enfant légitime ; ils ne sont restreints que par faveur pour le mariage et pour la famille légitime. Mais les deux filiations naturelle et légitime ne sont pas d'essence différente.

Au contraire, dans les pays faisant partie du groupe germanique, un départ très tranché est opéré entre ces deux parentés. On part toujours de ce principe que la maternité est certaine, tandis que la paternité ne l'est pas. *Mater semper certa, pater incertus est.* Le législateur en conclut qu'aucune différence ne doit être faite entre les enfants légitimes et les enfants naturels à l'égard de la mère et des parents maternels. Dans les pays germaniques, comme à Rome, *il n'y a que des mères légitimes*. « *Kein Kind ist seiner Mütter Kebskind* » (1), dit le vieil adage. Et le Code civil allemand traduit à son tour cette pensée dans l'article 1705 : « L'enfant naturel a, dans ses « rapports avec sa mère et ses parents maternels, la situa-
« tion juridique d'un enfant légitime ». Ainsi, *dans les pays germaniques, l'enfant naturel est, à tous égards, assimilé à un enfant légitime dans la famille de sa mère.* La

(1) Graff und Dietherr. *Deutsche Rechtsprüchwörter*, p. 164, n° 134.

filiation est fondée par le seul fait de la naissance. Tandis que la filiation légitime peut résulter d'une fiction de la loi (künstlicher Vorgang), telle que l'adoption ou la légitimation, la filiation illégitime maternelle repose exclusivement sur un fait physiologique : la naissance (1). L'enfant, qui veut établir sa filiation maternelle, n'a donc besoin que d'apporter la preuve du fait de l'accouchement de la femme dont il se dit issu, et de son identité avec l'enfant né de cette femme. L'acte de naissance, sur lequel figure toujours le nom de la mère, lui fournira, en ce cas, la preuve la plus facile et la plus complète (2). L'enfant entre donc dans la famille de sa mère au même titre qu'un enfant légitime. Il s'établit entre lui et ses parents maternels une obligation alimentaire réciproque. L'enfant acquiert le nom et la nationalité de sa mère ; il requiert son consentement pour contracter mariage, pour se faire adopter, pour obtenir une déclaration de légitimité. Il hérite des biens de sa mère et de tous ses parents maternels ; sa part successorale est sensiblement égale à celle d'un enfant légitime. De même, ses biens sont recueillis par la famille de sa mère. Quant à la puissance paternelle, elle est régie par des règles spéciales que nous étudierons plus loin.

Par contre, à l'égard de son père, l'enfant naturel est considéré comme un étranger. Il ne fait jamais partie de sa famille ; il n'est pas même rattaché à lui par des liens de parenté. « *Un enfant illégitime et son père ne sont pas « réputés parents* ». Tel est le principe qu'exprime, sous une forme très étrange, l'article 1589 du Code civil allemand. Aucun rapport de famille n'unit, l'un à l'autre, ces deux êtres entre lesquels existe cependant une aussi étroite communauté de sang. Le père n'occupe, en face de son enfant, que la place de *débiteur d'aliments* ; il verse périodiquement une certaine somme, d'ordinaire très minime, destinée à aider la mère à nourrir et à élever l'enfant.

(1) Opet, *op. cit.*, p. 362. — Poetzsch, *op. cit.*, p. 26.

(2) Personengesetz, 1875, art. 15-17.

C'est à cette créance que se limitent tous les rapports du père et de l'enfant naturel. La pension alimentaire est d'ailleurs temporaire ; et quand l'enfant a atteint l'âge fixé par la loi, il n'est plus rien pour son père : aucun lien, même pécuniaire, n'existe plus entre eux ; il peut tomber dans la plus affreuse des misères ; légalement le père ne lui doit rien, pas plus qu'à un étranger. L'enfant ne peut donc porter le nom de son père ; il ne peut venir à sa succession, de même que son père n'est pas son héritier. Il n'est pas soumis à sa puissance paternelle, il n'a pas besoin de son consentement.

Ainsi, les législations germaniques distinguent de façon très nette la filiation naturelle et la filiation légitime. Elles ne sont pas organisées sur le même type. Il n'y a pas seulement entre elles une différence de degré, *c'est une différence spécifique, de nature*. Vis-à-vis de la mère, l'enfant naturel est assimilé totalement à un enfant légitime ; vis-à-vis de son père, il n'a droit qu'à une pension alimentaire et n'est pas même son parent. Ce principe traditionnel dans les pays germaniques, et qui rappelle de façon saisissante le système du droit romain, est justifié au point de vue pratique par les rédacteurs du Code civil allemand de la façon suivante : « L'enfant illégitime, disent-ils, est « en contact plus immédiat avec sa mère qu'avec son « père. La nature le confie à elle, se repose sur elle du « soin de l'élever ». Ainsi fondé par la nature même, ce lien d'amour entre l'enfant illégitime et sa mère les unit étroitement l'un à l'autre. D'autre part, ces rapports étroits maintiennent et vérifient les relations qui existent entre l'enfant et la famille de la mère et qui ont pour origine la communauté du sang. De plus, bien souvent, la mère n'a pas de domicile propre, mais elle vit près de ses parents, et ainsi l'enfant participe réellement à la vie de famille de ses parents maternels. La considération, tirée de la sainteté du mariage, est suffisamment satisfaite par ce fait qu'aucun lieu de droit ne rattache l'enfant à son père et à la famille de ce dernier. Le père, au contraire, se conduit en général, à l'égard de son enfant, comme un étranger ; il le considère plutôt comme une charge et ne

lui porte que bien peu d'intérêt. Ainsi, il n'est pas peu curieux de constater que la solution germanique, en apparence contraire à la raison et à la logique, trouve son fondement dans la nature et la vie elle-même.

Cependant, sur un point particulier, il parut impossible de pousser à ses limites extrêmes le principe germanique qui place l'enfant naturel en face de son père comme un créancier en face d'un débiteur. Sous peine d'autoriser en fait les relations incestueuses, on ne pouvait considérer comme étrangères des personnes unies par les liens du sang et soutenir plus longtemps ce paradoxe que l'enfant et le père ne sont point parents. Aussi le Code civil allemand a-t-il apporté une dérogation expresse à la règle générale de l'article 1589. Après avoir interdit le mariage entre parents en ligne directe, entre frères et sœurs du même lit ou d'un lit différent, ainsi qu'entre alliés en ligne directe, le législateur allemand affirme que ces prohibitions s'appliquent aussi à la filiation illégitime. « La paternité, dit l'article 1310, troisième alinéa, dans le sens de ces dispositions (im Sinne dieser Vorschriften, premier et deuxième alinéas) existe également entre un enfant naturel et ses descendants d'une part et le père et ses parents d'autre part ». Ainsi, sur ce point spécial, le système germanique, par la force même des choses, a dû céder devant la réalité des faits.

Ayant adopté une solution hybride, relativement à la preuve de la paternité naturelle, les législateurs *belge et suisse* attachent au jugement de paternité *des effets plus ou moins étendus, selon les cas*. En Belgique, nous l'avons déjà dit, si la demande est fondée sur la possession d'état, ou sur des faits de viol, enlèvement, séquestration, etc..., le jugement, qui déclare la paternité du défendeur, produit les effets normaux résultant de la filiation : droits au nom, aux aliments, à la succession, à la protection des parents. C'est en ce cas le système latin qui s'applique. Au contraire, si le demandeur ne peut invoquer que la séduction, le concubinage, l'attentat à la pudeur, ou l'aveu de paternité, alors conformément au principe germanique, il n'est accordé à l'enfant naturel qu'une simple pension

alimentaire (art. 340 b). L'importance des *effets* dépend donc de la nature de la *preuve* sur laquelle est fondée la filiation. Le législateur belge, bien qu'adoptant partiellement la solution germanique, n'a pas voulu aller jusqu'à prétendre, avec le législateur allemand, que le père et l'enfant naturel ne sont pas parents. Cependant, afin d'éviter toute équivoque, il a jugé utile de déclarer en propres termes que « le jugement, qui condamne le défendeur au « paiement d'aliments, en vertu de l'article 340 b, produit « les mêmes effets que la reconnaissance en ce qui concerne les empêchements au mariage ». On peut se demander si cette disposition doit être étendue aux incapacités établies par les articles 251 du Code civil, 268 et 283 du Code de procédure civile et 322 du Code d'instruction criminelle. Mais l'examen de cette question soulève d'assez graves difficultés, que nous traitons en note (1), afin de ne

(1) En effet, la loi belge du 6 avril 1908 n'a rien dit des *incapacités* établies par les art. 251 C. civ., 268 et 283 du C. proc. civ., et 322 du C. instr. crim. On peut interpréter son silence dans deux sens différents, selon le point de vue que l'on adopte. Ou bien l'on part de ce principe que la filiation paternelle étant prouvée, toutes les conséquences que la loi attache à la filiation naturelle doivent se produire, sauf dérogation expresse ; et, par suite, il faut induire du silence du législateur que, n'ayant pas voulu apporter d'exception à la règle générale, il a tacitement approuvé l'application des textes que nous venons d'énumérer. Mais on peut contester cette argumentation. En effet, on peut dire que les seuls effets attachés par la loi au jugement rendu dans les conditions de l'art. 340 b se réduisent à une créance d'aliments. Mais, comme nous l'avons déjà dit, on a dû, sous peine d'autoriser l'inceste, déroger au principe posé dans l'article 340 b en disposant que le jugement produit les mêmes effets que la reconnaissance, en ce qui concerne les empêchements au mariage. Telle est l'exception unique admise par le législateur. On ne saurait, sans violer la méthode habituelle d'interprétation juridique, étendre illégalement à d'autres cas non prévus, l'application d'un texte qui doit être interprété restrictivement. D'ailleurs, il est à remarquer que les défenseurs des deux opinions que nous venons d'exposer font appel l'un et l'autre à cette même méthode. Mais les prémisses étant différentes les conclusions sont nécessairement contraires. « Lorsqu'un principe (celui de la filiation paternelle) est admis par le législa-

pas obscurcir cet exposé général des grands principes qui règlent, dans les législations modernes, les effets de la filiation naturelle judiciairement constatée.

C'est une solution analogue que consacre le Code civil

« teur, dit M. Leclercq, qui soutient la première théorie, il doit
 « avoir tous les effets qui en découlent d'après le droit commun, à
 « l'exception de ceux qu'un texte formel écarte. C'est là une règle
 « générale d'interprétation. Elle doit être rigoureusement suivie.
 « L'enfreindre sous prétexte que le législateur n'a pas songé à
 « certaines des conséquences de la règle qu'il posait, c'est intro-
 « duire l'incohérence dans la législation et présumer à tort que
 « le législateur a voulu limiter l'application de la règle qu'il
 « inscrivait dans la loi ». — Leclercq, *op. cit.*, n° 53, p. XLV.
 — Et M. Galopin, qui défend l'opinion adverse, déclare que
 l'art. 340 *b* suppose la simple vraisemblance de paternité, et que
 la loi n'admet la certitude de la paternité que pour la matière
 des empêchements au mariage. Elle ne l'admet pour aucune autre,
 pas même pour celle des incapacités établies par les art. 251 C. civ.
 etc. — Galopin, *op. cit.*, n° 68, p. 49.

Nous serions tentés de nous rallier à ce dernier avis. En effet, le principe qui se dégage très nettement du texte même de la loi et des travaux préparatoires, c'est que la créance alimentaire est le seul et unique lien qui existe entre le père et l'enfant naturel (dans les cas de l'art. 340 *b*). Un créancier en face d'un débiteur : tel est le principe posé par la loi. « L'enfant naturel, dit-elle, peut
 « réclamer de celui qui a eu des relations avec sa mère pendant la
 « période légale de la conception, une pension annuelle pour son
 « entretien et son éducation jusqu'à l'âge de 18 ans accomplis ». Sans doute, la créance alimentaire a pour fondement le lien de filiation qui unit le père et l'enfant ; mais la loi évite d'employer des expressions aussi nettes : « Celui qui a eu des relations avec la
 « mère... ». — « Le jugement qui condamne le défendeur au paie-
 « ment d'aliments » (art. 341 *c*, 2° al.). On peut donc dire, avec M. Galopin, que l'oubli des art. 251, etc... est une inadvertance du législateur, mais je ne crois pas qu'en bonne logique juridique, on puisse faire produire au jugement rendu dans les conditions de l'art. 340 *b* des effets plus étendus que ceux que le législateur a volontairement et expressément restreints à une simple créance d'aliments et à un empêchement au mariage. Quoi qu'il en soit, on peut juger par cet exemple des difficultés que soulève et des conséquences étranges qu'engendre le système hybride adopté par le législateur belge relativement à la recherche de la paternité naturelle.

suisse. Mais, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, c'est l'influence germanique qui est ici prépondérante. En règle générale, l'action en paternité est dans le Code civil suisse une action purement *pécuniaire*, elle ne tend qu'à l'obtention de prestations alimentaires. Tel est le principe, affirmé par les travaux préparatoires et par les auteurs, d'ailleurs conforme au système adopté par la grande majorité des législations cantonales (1). C'est seulement à titre exceptionnel et dans certaines hypothèses limitativement déterminées que l'action en paternité, normalement *pécuniaire*, devient une véritable action d'état (*Statusklage*) : ce sont les cas où la mère a été victime d'un acte criminel, d'une séduction frauduleuse réalisée à l'aide d'une promesse de mariage ou d'un abus d'autorité. Il convient donc de distinguer les enfants naturels qui ont exercé une simple action alimentaire, et ceux qui sont au bénéfice d'un jugement déclaratif de paternité avec conséquence d'état (*Zusprechung mit Standesfolge*) article 323 du Code civil suisse. Les premiers, selon l'expression du législateur fédéral « restent à la mère ». *bleiben der Mutter* ». Conformément au principe germanique, ils sont assimilés à des enfants légitimes dans la famille maternelle. Ils portent le nom de famille de leur mère, sont appelés à sa succession et à celle de tous les parents de leur mère ; il s'établit entre eux une obligation alimentaire réciproque. Bref, aucune différence ne distingue du côté maternel les enfants naturels et les enfants légitimes. Cependant le Code civil suisse a évité d'être sur ce point aussi affirmatif que le Code civil allemand. « L'enfant naturel, dit l'article 324, premier alinéa, a, tant envers sa mère qu'envers les parents de celle-ci, les droits et les devoirs résultant de la filiation illégitime » *Rechte und Pflichten der ausserhehlichen Verwandtschaft* ». Ainsi, il n'y a pas assimilation expresse des enfants illégitimes aux légitimes. La filiation naturelle forme une institution à part qui n'est

(1) Voy. Huber. *Exp. des Motifs du C. C. S.*, t. I, p. 206. — Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, p. 374.

point d'ailleurs précisée ni déterminée davantage par les rédacteurs du Code civil suisse. Au reste, aucune restriction n'est apportée aux droits des enfants naturels du côté maternel. Mais, bien que formulée en termes vagues, la pensée du législateur suisse ne saurait faire de doute ; elle se dégage très nettement de l'étude des dispositions de détail du Code ; elle est enfin expressément formulée dans l'*Exposé des Motifs* : « Le projet, dit M. Huber, confère à l'enfant naturel *envers la mère et la parenté maternelle, absolument les mêmes droits qu'aux enfants légitimes, et cela, tant dans le domaine de la famille que dans celui des successions*, tant en concours avec des parents illégitimes éloignés qu'en présence de descendants légitimes ».

Au contraire, la seconde catégorie d'enfants naturels, c'est-à-dire ceux dont la filiation paternelle résulte d'une reconnaissance volontaire (*freiwillige Anerkennung*) ou d'un jugement déclaratif de paternité avec conséquences d'état, ceux-là sont rattachés à leur père par des liens de famille. Ils suivent la condition du père, dit l'article 309 du Code civil suisse (*sie folgen dem Stande des Vaters*). Le législateur fédéral s'est même montré particulièrement généreux à leur égard. Il a d'abord assimilé formellement, au point de vue des effets, le jugement déclaratif de paternité rendu dans les cas de l'article 323 à la reconnaissance volontaire. Et surtout, ces effets sont très étendus. L'enfant naturel soutient non seulement avec son père des rapports personnels, *mais il entre réellement dans la famille de celui-ci*. Il porte le nom de famille de son père, il acquiert son droit de cité, il vient à sa succession. Selon les termes de l'article 325, premier alinéa, « *il a dans la famille, tant du père que de la mère, les droits et les devoirs résultant de la filiation illégitime.* » Cette formule vague paraît décidément convenir à merveille au législateur suisse. Il a assurément voulu indiquer qu'il faisait un départ entre la filiation légitime et la filiation naturelle. En réalité, les différences qui les séparent sont réduites dans le Code civil suisse au minimum : « On peut dire en substance — et ce sont les grands juristes Men-

« tha et Rossel qui parlent — que les effets de la filiation
« naturelle sont les mêmes que ceux de la filiation légi-
« time. Ils sont toujours les mêmes vis-à-vis de la mère
« (sauf les art. 324, al. 3, et 326, relatifs à la puissance
« paternelle) et sa parenté. Ils sont les mêmes envers le
« père (sauf les art. 325, al. 3, 326, 327, relatifs au même
« sujet) et ses parents (conf. cependant art. 461, al. 3, rela-
« tif aux droits de succession), lorsque le père a reconnu
« son enfant ou lorsque sa paternité a été judiciairement
« déclarée. » Ainsi une obligation alimentaire et des droits
de succession réciproques existent entre l'enfant naturel
et la famille de son père. Nous verrons, en particulier, que
la vocation successorale de l'enfant illégitime est extrême-
ment étendue dans le Code civil suisse ; c'est assurément là
que réside le criterium le plus certain de la faveur du
législateur à l'égard de l'enfant naturel. Sauf dans le cas
où il se trouve en concours avec des descendants légitimes
du père, l'enfant naturel a rigoureusement les mêmes droits
successoraux que l'enfant légitime. Il est bien entendu que
de tels avantages sont réservés aux seuls enfants naturels
qui ont été l'objet d'une reconnaissance volontaire ou d'un
jugement déclaratif de paternité. Ces derniers, assimilés
à des enfants légitimes du côté maternel, jouissent aussi
des droits les plus étendus du côté paternel. Leur situation
est très favorable ; si l'on fait abstraction des dispositions
des articles 325, 326, 327, qui sont d'ailleurs édictées en sa
faveur, on peut dire que la condition de l'enfant naturel
se trouvant dans le cas de l'article 325 est identique à celle
d'un enfant issu du mariage. On conçoit tout ce qu'il y a
d'original et d'audacieux à la fois dans un tel système, qui
consacre en définitive le principe de l'assimilation des en-
fants naturels aux enfants légitimes et admet dans la fa-
mille du père les illégitimes qui deviennent les parents des
parents de ce dernier. Marchant hardiment dans la voie
du progrès, le législateur fédéral a réalisé une œuvre
d'avant-garde.

Il convient donc de faire observer — et cette remarque
est fort importante — qu'à propos de toutes les questions
que nous allons étudier, les législateurs belge et suisse

consacrent à la fois deux solutions. L'enfant naturel est diversement traité selon la nature de la preuve sur laquelle repose sa filiation. Telle est la conséquence inévitable du système hybride adopté par ces législations. Tantôt l'enfant suit la condition de la mère, prend son nom, sa nationalité, recueille sa succession, est soumis à sa puissance paternelle. Tantôt il est rattaché au père par des liens de famille, il a droit à son nom, à son patrimoine, à sa protection. Dans les deux cas, il peut réclamer de lui une pension alimentaire. *Mais il faut bien remarquer que son droit est dans ces deux hypothèses entièrement différent; l'obligation alimentaire ne présente pas les mêmes caractères.* Ce n'est pas là l'effet le moins curieux et le moins étrange du double principe admis par les lois suisse et belge. Si l'enfant n'a exercé qu'une simple action pécuniaire, l'obligation d'entretien à laquelle il a droit est soumise à des règles *exceptionnelles*; elle a une nature *spéciale*; elle est, par exemple, temporaire, unilatérale, susceptible d'une transaction. Si, par contre, l'enfant a été l'objet d'une reconnaissance ou a obtenu un jugement déclaratif de paternité avec conséquences d'état, il acquiert, entre autres droits, celui de réclamer une pension alimentaire qui est régie par les *dispositions de droit commun*. C'est l'obligation alimentaire *ordinaire*, réciproque, qui existe entre les personnes unies par les liens du sang. Nous aurons d'ailleurs l'occasion de revenir sur cette distinction assez délicate, mais essentielle. Elle nous semble avoir été parfaitement exprimée par le législateur suisse dans l'article 309, al. 3 : « *Les prestations pécuniaires dues à l'enfant qui suit la condition du père sont remplacées par l'acquittement des obligations dérivant de la puissance paternelle* ».

Nous allons donc étudier successivement les principaux effets du jugement déclaratif de paternité naturelle. Après avoir examiné la délicate question de l'autorité du jugement, nous traiterons de l'obligation alimentaire entre parents naturels et spécialement de l'obligation alimentaire dans les pays germaniques, du nom de l'enfant illégitime, de sa vocation successorale, de la puissance paternelle. Puis nous exposerons les mesures spéciales, édictées

par certaines législations, soit dans l'intérêt de la famille légitime, soit contre les amateurs de chantage. Après avoir discuté le problème si débattu en France de l'applicabilité dans le temps des lois relatives à la recherche de la paternité naturelle, nous parlerons des droits spéciaux de la mère à l'égard du père naturel et enfin nous dirons quelques mots des principales théories émises sur le fondement du droit de l'enfant naturel.

CHAPITRE PREMIER

AUTORITÉ DU JUGEMENT

Le jugement qui intervient à la suite d'une action en recherche de paternité et qui fait droit à la demande de l'enfant, est, de même que la reconnaissance volontaire, dans les pays où elle est pratiquée, *déclaratif* et non constitutif de la filiation. Il ne crée pas un lien juridique entre l'enfant et son père ; ce lien existait avant le jugement, mais à l'état latent, virtuel ; le jugement a pour effet de le *révéler* et de le *constater*. Il constitue, pour l'enfant, un mode de preuve, de démonstration de sa filiation ; c'est son titre. Il n'est donc pas exact de dire que le jugement de paternité produit tels et tels effets ; il se borne à établir la réalité d'un fait, la filiation, duquel découle un certain nombre de conséquences juridiques⁽¹⁾. Ces effets semblent résulter de la reconnaissance ou du jugement, parce que ces actes sont « la condition de leur réalisation ; « ils résultent en réalité du rapport de parenté constaté « par la reconnaissance » (2).

C'est là un principe général de droit qui est admis par toutes les législations et tous les juristes (3). Il est vrai, quelle que soit l'étendue des effets de l'action, qu'elle ait le caractère d'une action en réclamation d'état, ou qu'elle tende seulement à la condamnation du défendeur à des prestations pécuniaires. Ainsi, la loi française du 16 novembre 1912, type des législations appartenant au groupe latin, débute par ces mots : « La paternité, hors mariage,

(1) Voy. Paris, 24 janv. 1902, *Gaz. des Trib.*, 7 mai 1902.

(2) Planiol. *Traité de droit civil*, t. I, n° 1485.

(3) Cf. Bon exposé de la question en Suisse, par Peyer, *op. cit.*, p. 82, seq. — Belgique. Voy. Galopin, *op. cit.*, n° 35. p. 29.

« peut être judiciairement déclarée... » La même solution résulte, en droit allemand, de ce fait que la pension alimentaire peut être réclamée pour le passé (art. 1711 du Code civil allemand) ; c'est donc que les effets du jugement ou plutôt de la filiation remontent à une date antérieure à celle du prononcé du jugement.

De ce principe découlent quelques conséquences importantes, dont la principale est que le jugement a un caractère *rétroactif* : ses effets se produisant dès le jour de la naissance de l'enfant et même, s'il y a lieu, dès le jour de la conception de l'enfant. *Infans conceptus pro nato habetur...* Cette solution présente un grand intérêt relativement à la nationalité (1) de l'enfant, et au droit de recueillir une succession dévolue antérieurement à la reconnaissance (2). Il a été jugé également que la donation faite à un enfant par son père naturel, tombe sous le coup de l'article 908 du Code civil français, bien qu'elle ait été faite avant la reconnaissance (3).

Dans les pays appartenant au groupe germanique, il résulte de ce principe que les aliments peuvent être réclamés pour le passé et que les droits conférés par le jugement s'exercent rétroactivement (4). De même on peut régler la question d'aliments à l'aide d'un contrat extrajudiciaire, car il n'est pas nécessaire, pour qu'un lien de filiation existe entre le père et l'enfant, que celui-ci soit créé par un jugement ou un acte authentique ; il existe indépendamment de ces actes et peut être constaté dans n'importe quelle forme (5).

Une question beaucoup plus difficile à résoudre est celle de déterminer la *portée* exacte du jugement déclaratif de paternité. Prouve-t-il la filiation de l'enfant d'une ma-

(1) Bourges, 12 nov. et 15 déc. 1896. D. 1902.2.425.

(2) Voy. *infra*, chap. IV.

(3) Dijon, 18 déc. 1891. *Pand. franç.*, 1893.2.227. D. 1892.2.217. — Cf. Dijon, 20 déc. 1883. S. 84.2.163. — Cass. 22 janv. 1884. D. 84.1.117. — Orléans, 5 fév. 1885. D. 1886.2.166.

(4) Voy. notre travail, p. 520, art. 1711 C. civ. all.

(5) Peyer, *op. cit.*, p. 83.

nière absolue, à l'égard de tout le monde, *erga omnes*, ou, au contraire, n'est-il valable qu'entre les parties engagées dans l'instance ? La question peut paraître singulière. En effet, est-il possible d'être le père d'un enfant vis-à-vis de telle personne et de ne l'être pas vis-à-vis de telle autre ? Et si l'on admettait que le jugement n'a qu'une simple autorité relative, à quelles conséquences absurdes n'aboutirait-on pas ? Un enfant, qui s'est fait attribuer un père par jugement, pourrait poursuivre en recherche de paternité d'autres individus et réussir dans ces nouveaux procès, sans que les défendeurs successifs puissent opposer à leur profit l'autorité du premier jugement ; car il est intervenu à l'égard d'un tiers. Si l'enfant parvient à obtenir un jugement de paternité contre plusieurs « pères » différents, comment parvenir à régler le conflit qui naîtra entre eux, relativement au nom de l'enfant naturel, à l'exercice de la puissance paternelle, au consentement au mariage ? Il serait à la fois odieux et ridicule, qu'un enfant pût être, légalement, le fils de plusieurs pères !

Mais, dira-t-on, cette hypothèse est toute théorique. Quand l'enfant aura fait déclarer à son profit la paternité d'un homme, il sera rare qu'il songe à en actionner par la suite un second, ou qu'une autre personne essaie de lui contester sa filiation ; en tous cas, dès qu'un nouveau jugement sera intervenu en sa faveur, « il y aura désormais, » dit M. Planiol, une jurisprudence faite qu'il sera difficile « d'ébranler » (1). On ne cite qu'un seul arrêt de la Cour de Cassation, sur l'autorité de la chose jugée, attachée à un jugement reconnaissant la filiation (2). Cependant, on peut concevoir que la mère, ayant seule l'exercice de l'ac-

(1) Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 445.

(2) Cass. 8 prairial, an VII. S. Chronol., cité par Wahl, *loc. cit.*, n° 125, p. 91. — L'arrêt a déclaré que l'enfant s'étant fait déclarer enfant naturel d'une femme ne pouvait être admis à poursuivre une autre femme en recherche de maternité. Mais l'arrêt a été rendu sous l'empire de l'ordonnance de 1667 et dans l'ancien droit les jugements en matière d'état avaient, pour ainsi dire, une autorité absolue.

tion pendant la minorité de l'enfant, fasse rendre un jugement de paternité contre un tiers, qui se sera complaisamment, ou par intérêt, substitué au véritable père. Il serait indigne d'imposer cette fausse paternité à l'enfant devenu majeur et maître de son droit.

On sait que la doctrine et la jurisprudence admettent, d'une façon constante, que l'article 1351 s'applique aux jugements rendus en matière de filiation (1). Il n'y a, en effet, autorité de la chose jugée que si la demande est formée entre les mêmes parties. A ce principe général aucune exception n'est apportée par le Code civil. On connaît également les principales théories qui ont été imaginées par les auteurs pour combattre la thèse de la relativité des jugements d'état. Nous ne pouvons que les mentionner brièvement, car leur examen minutieux nous entraînerait à de trop longs développements et pourrait faire à lui seul l'objet d'un long ouvrage (2). La plus célèbre et aussi la plus ancienne de ces théories est celle du « légitime contradicteur » ; elle remonte à d'Argentré. Elle consiste à dire que si un jugement relatif à une question d'état a été rendu contre un contradicteur légitime ou à son profit, l'autorité du jugement est absolue, parce que le défendeur est censé avoir représenté tous les intéressés. Cette doctrine, repoussée par la jurisprudence, ne saurait résister à une critique sérieuse (3). En effet, si l'on peut admettre qu'une personne puisse représenter ses héritiers et ayants cause, parce qu'elle est leur auteur, comment pourrait-elle exercer et compromettre les droits des autres in-

(1) Comp. Aubry et Rau, t. IV, p. 559, seq. — Demolombe, t. V, n° 307. — Laurent, t. III, p. 487. — Planiol, t. I, n° 445. — Cass. 9 mai 1821. S. chr. ; Montpellier, 24 janv. 1822. S. chr. ; Chambéry, 7 août 1865. S. 66.2.187. — Cf. Dalloz. Rép. V° *Chose jugée*, n° 273 et suiv. — Belgique. Galopin. *Cours sur l'état et la capacité des personnes*, n° 111.

(2) Cf. Bufnoir. *De l'autorité de la chose jugée en matière d'état des personnes*.

(3) Voy. Bordeaux, 10 mai 1864. S. 64.2.179 ; Paris, 10 fév. 1898. D. 1900. 2.57 et 16 mars 1899. D. 1900.2.132.

téressés ? En vertu de quel titre agit-elle à leurs lieu et place ? D'ailleurs, dans notre hypothèse, on ne peut soutenir que le prétendu père, contre lequel a été dirigée l'action en paternité, puisse représenter tous les autres « prétendus pères » qui seraient poursuivis dans la suite. On a également invoqué le principe de l'indivisibilité de l'état. On ne peut à la fois être et ne pas être l'enfant de tel individu. Mais on a parfaitement montré que l'indivisibilité de l'état était compatible avec l'autorité relative du jugement (1). En effet, l'état est certainement indivisible, mais ce qui ne l'est pas ce sont ses conséquences vis-à-vis de telle ou telle personne. Il peut très bien être prouvé, à l'égard de X..., que l'enfant est légitime, sans que cette preuve soit opposable à Y... On oppose généralement à cette théorie l'article 100 du Code civil qui dispose que « le jugement de rectification d'acte d'état civil ne pourra, dans aucun temps, être opposé aux parties intéressées qui ne l'auraient point requis, ou qui n'y auraient pas été appelées ».

Dans leur récent traité de *Droit civil français*, MM. Capitant et Colin ont proposé sur cette question une théorie très originale et très adroite (2). Ils s'attachent d'abord à démontrer, que s'il faut écarter en cette matière la règle de la relativité des jugements, c'est que les *motifs* qui justifient l'application de l'article 1351 ne s'y rencontrent pas. On invoque couramment, pour justifier cette disposition, cette raison qu'un jugement est l'équivalent d'un contrat ; il règle un rapport de droit, qui est librement, volontairement consenti ; il n'a donc d'effet, qu'entre les parties contractantes. L'effet des jugements est relatif aux parties engagées dans la contestation, de même que l'effet des actes juridiques est relatif aux personnes qui ont concouru à leur formation (art. 1165 C. civ.). Au contraire, la filiation n'est pas un acte juridique, elle n'est pas créée par la volonté des parties ; elle existe indépendamment d'elle ; c'est un fait qui s'im-

(1) Planiol, t. I, n° 444.

(2) Cf. Capitant et Colin, *op. cit.*, p. 334 et suiv.

pose, et auquel le jugement prête seulement une existence juridique. Il ne donne pas à l'enfant une filiation, il la constate et constitue un moyen de preuve précieux. Il est avec l'acte de naissance et l'acte de reconnaissance l'un des modes de démonstration de la filiation. Pourquoi ne pas reconnaître à ces trois instruments probatoires un même caractère absolu ? Ce que réclament les savants auteurs de cette théorie, ce n'est point qu'on attribue à la filiation, établie par jugement, une valeur définitive, indiscutable ; c'est tout simplement qu'on assimile, quant à la nature des effets, le jugement rendu en matière de filiation à l'acte de naissance et à l'acte de reconnaissance (1). Sans doute, tous ces modes de constatation de la filiation peuvent être discutés, contestés, mais du moins, il ne suffirait pas à l'adversaire de méconnaître purement et simplement la preuve acquise, et de contraindre l'enfant à recommencer à son encontre une nouvelle démonstration ; il lui faut chercher à détruire l'autorité de l'acte et apporter en sens contraire des preuves plus fortes. Ces solutions sont admises, quand il s'agit d'un acte de naissance et de reconnaissance, pourquoi ne le seraient-elles pas à l'égard d'un jugement ? Il n'y a aucune raison de distinguer. Ainsi, dans le système de MM. Capitain et Colin, « les jugements n'auraient pas vis-à-vis des « tiers l'autorité de la chose jugée, en ce sens, qu'il ne suffirait pas de les invoquer pour fermer la bouche aux parties, non représentées dans l'instance, qui voudraient en « contester les résultats ; mais ils feraient foi provisoire, « et celui qui les aurait obtenus, pourrait les utiliser à d'autres fins que celles qui étaient primitivement en jeu, sans « avoir l'obligation de faire, chaque fois, un nouveau procès » (2). Les auteurs de cette nouvelle théorie semblent

(1) Cependant, dans un article qui fit grand bruit et dont nous aurons l'occasion de parler plus longuement, M. Colin faisait un départ très net entre le jugement déclaratif de filiation, simple moyen de preuve, et l'acte de reconnaissance volontaire, acte de volonté, acte d'admission, par lequel le père introduit l'enfant dans sa famille. Voy. *Revue trimestrielle*, 1902, p. 255, seq.

(2) Capitain et Colin, *op. cit.*, p. 336.

avoir découvert avec beaucoup de finesse, le point faible du système de la jurisprudence. Ils ont bien mis en lumière la différence de nature qui sépare les jugements rendus sur une question de filiation des jugements relatifs à des actes juridiques ; ils ont montré, qu'à des objets aussi dissemblables, un même principe ne pouvait s'appliquer. Enfin, ils ont opéré un heureux rapprochement entre les effets du jugement de filiation d'une part, et ceux de l'acte de naissance et de la reconnaissance d'autre part, en insistant sur cette idée, qu'ils sont tous des modes de preuve, des moyens de démonstration de la filiation. D'ailleurs, ils sont certainement d'accord sur ce point, avec les tendances du législateur moderne, telles que les a manifestées en particulier la loi du 16 novembre 1912.

Mais quittons ces considérations générales, pour examiner la question, au point de vue spécial de la recherche de la paternité naturelle. Bien que, ni dans le texte de la loi française, ni dans les travaux préparatoires, on ne puisse trouver une déclaration expresse sur ce sujet, nous croyons cependant, qu'on peut y découvrir de sérieux éléments de discussion, et peut-être même l'esquisse d'une solution. On paraît tout d'abord autorisé à tirer argument du fait de l'assimilation de la reconnaissance judiciaire à la reconnaissance volontaire. Le principe, proclamé par l'article 7 du projet, n'est pas écrit dans la loi, mais il domine toute la réforme. Cependant, cette disposition avait été édictée principalement dans le but de conférer à l'enfant, qui serait au bénéfice d'un jugement de paternité, tous les droits d'un enfant naturel, reconnu volontairement ; rien ne permet d'affirmer qu'on ait eu spécialement en vue la question de l'autorité relative des jugements. Néanmoins, il résulte de l'assimilation générale qui a été faite de la reconnaissance judiciaire à la reconnaissance volontaire, qu'il n'y a aucune raison valable, pour établir entre elles une différence sur quelque point que ce soit.

On pourrait également s'appuyer sur d'autres arguments de moindre importance (1). Nous passons ; nous n'en rete-

(1) Comp. Wahl, *loc. cit.*, n°s 123-124, p. 89 à 91.

nous qu'un seul, qui nous paraît particulièrement convaincant. On sait, qu'il existe une hypothèse, où l'exercice de l'action étant exclusivement réservé à une seule personne, le jugement est considéré comme ayant une valeur absolue ; car aucune autre personne n'est plus admise à soulever le débat : il en est ainsi, dans le cas de l'action en désaveu, qui est rigoureusement réservée au mari (art. 312). Mais précisément, ce raisonnement peut et doit être étendu à l'action en recherche de paternité. « Elle n'appartient qu'à l'enfant », dit l'article 340 nouveau. Quand la mère l'exerce, c'est au nom de l'enfant. Mais personne ne saurait l'intenter, ni pour lui, ni contre lui. La jurisprudence avait également admis le principe de la personnalité de l'action, en matière de recherche de maternité (1). Il semble donc, qu'au cas incontesté de l'action en désaveu, il faille assimiler le cas semblable de l'action en recherche de filiation naturelle (2), et conclure que le jugement rendu sur cette matière est vrai, à l'égard de tous, et qu'il peut être opposé, non seulement aux parties engagées dans l'instance et à leurs ayants cause, mais aux donataires et légataires particuliers du père, et de façon générale, à tous les tiers (3).

Bien qu'elle ne soit pas exprimée par la loi belge et le Code civil suisse, cette solution est admise sans difficulté par les commentateurs et les auteurs, du moins en ce qui concerne l'action en réclamation d'état (4).

(1) Cass. 29 juill. 1861. D. 61.1.297 ; Cass. 3 avril 1872. D. 72.1.113 ; Paris, 16 fév. 1889. S. 89.2.201.

(2) Cependant, ce raisonnement n'est pas sans réplique. Dans le cas de l'action en désaveu, il n'y a qu'un seul défendeur et qu'un seul demandeur possibles ; l'enfant, dont on conteste la légitimité, et le mari de la mère. Dès lors, l'action une fois exercée ne peut plus être renouvelée. Au contraire, quand il s'agit d'action en recherche de paternité, il ne peut y avoir qu'un seul demandeur, l'enfant, mais il peut y avoir plusieurs défendeurs possibles, tous les amants de la mère, et même n'importe quel homme. Dans un cas, il y a impossibilité matérielle à ce que l'action soit exercée plusieurs fois ; dans l'autre, l'impossibilité ne paraît pas exister.

(3) En ce sens, Brun, *op. cit.*, p. 154, 155. — Contra Wahl, *loc. cit.* n^{os} 126, 127, p. 92, 93.

(4) En Belgique, les auteurs justifient cette solution par le même raisonnement que le nôtre, c'est-à-dire par l'analogie tirée de l'ac-

En effet, quand elle ne tend qu'à des prestations *pécuniaires*, elle s'accommode fort bien du principe de l'autorité *relative* des jugements. L'action ayant un caractère purement pécuniaire, le droit commun doit s'appliquer : « Le « jugement limite ses effets aux parties en cause. » Aussi, rien ne s'oppose à ce qu'un enfant ayant réussi à faire condamner un homme à lui payer une pension alimentaire, cherche et parvienne à obtenir de nouveaux subsides de la part d'autres individus. Il jouira donc de plusieurs pensions cumulées et il sera, au point de vue légal le fils de plusieurs pères. Cette conséquence est très facilement admise en Allemagne (1). Les Motifs du Code civil allemand la prévoyaient déjà (2) ; et l'on cite des applications pratiques, très réelles, très véridiques de ce singulier principe, qui nous paraît si choquant. On peut lire sur ce sujet un jugement du tribunal de Colmar, qui est une véritable curiosité juridique et qui motive longuement la solution de la paternité plurale (3). M. Haléwyck, dans sa remarquable étude, rapporte quelques exemples tirés de la pratique. Pour éviter le scandale, une personne mise en cause a transigé ; puis un second amant est ensuite poursuivi. S'il ne réussit pas à apporter la preuve de l'inconduite de la mère, il est irrémédiablement condamné à payer des prestations alimentaires. Il ne saurait invoquer le premier jugement rendu contre « l'autre père » et s'appuyer sur ce fait que l'*exceptio plurium* est par là-même démontrée ; car, en vertu de l'autorité relative des jugements, il ne peut se prévaloir d'une sentence, rendue à l'égard d'un tiers. Le second procès est in-

tion en désaveu. Voy. Leclercq, *op. cit.*, n° 27 p. XVIII et Galopin, n° 37, p. 30. — Pour la Suisse voy. Curti Forrer, *op. cit.*, ad art. 323 n° 2.

(1) Cf. Eck. *Vorträge* II, p. 513. — Dernbùrg, *op. cit.*, t. IV, p. 287 § 89, note 8. — Nagorski, *op. cit.*, p. 129. — Planck, ad 1718, note 3. — Opet, *op. cit.*, § 37, p. 385 n° 3 et note 25.

(2) *Motifs du Code civil allemand* IV, p. 922.

(3) Jug. du 26 janvier 1901. *Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsass Lothringen*, 1901, p. 328 seq. cité par Haléwyck, *op. cit.*, p. 125.

dépendant du premier. — D'autres fois, l'enfant a obtenu jugement contre le père désigné par sa mère. Puis, celle-ci se marie avec un autre individu, qui légitime l'enfant, en le reconnaissant au moment de la célébration du mariage (1).

Si elles sont étranges et choquantes, ces solutions n'offrent aucun inconvénient pratique ; car les effets du jugement sont purement pécuniaires. Dès lors, l'enfant est fondé à réclamer à chacun de ses pères le paiement d'une pension alimentaire. Chacun d'eux doit s'exécuter, car il ne pourrait prouver qu'il n'est pas, lui précisément, l'auteur de l'enfant ; ils doivent payer l'intégralité de la somme à laquelle ils ont été condamnés (2). Ils n'ont aucun droit de recours entre eux, car ils sont étrangers les uns aux autres, et s'acquittent de leur obligation séparément. L'enfant naturel cumule donc plusieurs pensions. Cependant, dans le cas où l'enfant a été légitimé par le mari de sa mère, il ne peut exiger que celui-ci lui prête assistance, car l'enfant légitime n'a droit de réclamer des secours pécuniaires à ses parents que si ses biens et le produit de son travail sont insuffisants (art. 1602 du C. c. all). Ainsi, dans cette hypothèse, on aboutit à cette situation peu banale : c'est le père naturel qui paie une pension pour entretenir l'enfant, et le père légitime n'est tenu d'aucune obligation (3).

Nous avons, jusqu'ici, étudié la question de l'autorité de la chose jugée en matière d'état, en supposant l'existence de deux jugements, dont l'un est antérieur à l'autre. Il nous faut maintenant rechercher dans quelle mesure une *reconnaissance volontaire* par acte authentique met obstacle à une déclaration de paternité ultérieure et inversement. La reconnaissance ayant un effet absolu à l'égard de tous, l'enfant qui en est l'objet, ne serait plus admis à tenter

(1) Haléwyck, *op. cit.*, p. 125, 126. — Voy. Endemann, vol. II, p. 647.

(2) Voy. *Protocoles du C. c. all.*, IV, p. 672, 673 ; Poetzsch, *op. cit.* p. 66 ; Opet, *op. et loc. cit.*

(3) Schnetzer. *Die rechtliche Stellung der unehelichen Kinder* p. 65.

contre un autre individu que l'auteur de l'acte, une action en recherche de paternité, à moins cependant, qu'il ne parvienne à faire annuler la reconnaissance. Quant à la question de savoir, si le jugement de paternité met obstacle à ce que l'enfant soit reconnu ultérieurement par un tiers, elle dépend de la solution que l'on adopte sur l'autorité de la chose jugée. Est-elle absolue, la reconnaissance est impossible ; est-elle relative, elle se concilie avec l'existence du jugement. Cependant, même dans cette dernière hypothèse, la reconnaissance ultérieure peut n'être pas valable. Il s'agit du cas, où une action en paternité a été intentée sans succès contre un homme qui par la suite, manifeste le désir de reconnaître volontairement l'enfant. Il pourra certainement réaliser son projet, à moins que le jugement n'ait affirmé que le défendeur n'est pas le père. Le cas sera rare, mais il se présentera, quand la demande a été rejetée, en raison de la fin de non recevoir, basée sur l'impossibilité physique de cohabitation, ou l'impuissance du défendeur : il en sera de même, quand il résulte des faits, de la cause qu'aucun rapport sexuel n'a été possible entre le défendeur et la mère, pendant la période de la conception. Dans ces cas, le père prétendu pourrait donc, en se prévalant du jugement, demander la nullité de la reconnaissance.

Le droit allemand adopte sur ce point, des solutions fort différentes. Cela vient de ce que la reconnaissance volontaire n'a, comme le jugement de paternité, aucun effet absolu. « Sie hat keine konstutive Wirkung » (1). D'ailleurs, nous avons déjà vu (2) que le Code civil allemand a une conception très particulière de l'acte de reconnaissance ; cet acte n'a pour effet juridique que de priver l'auteur du droit d'opposer l'*exceptio plurium* aux autres concubins : c'est une simple renonciation à un moyen de défense. Aussi, rien ne s'oppose à ce qu'un même enfant soit l'objet de plusieurs reconnaissances de la part d'individus différents ; ils peuvent tous consentir séparément à renoncer à user, en cas de procès, de l'*exceptio plurium*. Il en résulte, que l'enfant

(1) Planck, ad art. 1718, note 2.

(2) Cf. notre travail pages 267 et suiv. et art. 1718 du C. c. all.

peut actionner en paternité et faire condamner successivement tous les auteurs des reconnaissances faites à son profit. Aucun de ceux-ci ne peut opposer aux autres le jugement ou l'acte de reconnaissance qui les concerne ; car les effets de ces actes sont rigoureusement limités aux parties en cause (1) ; et la reconnaissance qu'il a consentie implique une renonciation à se prévaloir de l'*exceptio plurium*. Existait-il deux reconnaissances concernant le même enfant, chacun des auteurs ne saurait faire état de cette situation, pour prouver l'infidélité de la mère (2). Inversement, le jugement de paternité ne met pas obstacle à une reconnaissance ultérieure par un tiers. Voilà à quelles conclusions étranges et injustes, aboutit la conception allemande de la reconnaissance d'enfant naturel : elle conduit inévitablement à la paternité *plurale* (3).

(1) Chacun des « pères » est tenu du montant intégral de la créance alimentaire. Poetzsch, *op. cit.*, p. 66. — Opet, *op. cit.*, § 37, p. 385 n° 3.

(2) Comp. Jugement du trib. de Colmar, 26 janv. 1901, *déjà cité*, et jugement du trib. d'Oldenburg, 1897. *Seuffert's Archive*, vol. 54, p. 39, n° 23.

(3) Bien que le législateur belge ait partiellement adopté le système germanique de la paternité alimentaire, il ne paraît pas vouloir en accepter toutes les conséquences. M. Leclercq, dans son commentaire de la loi du 6 avril 1908, prend soin de faire remarquer, en s'appuyant sur les travaux préparatoires, que seuls les enfants qui n'ont pas été reconnus par un tiers, peuvent exercer l'action en pension alimentaire. Réciproquement, l'enfant qui a obtenu un jugement lui accordant des aliments, ne peut plus être reconnu par un tiers. Leclercq, *op. cit.*, n° 57, p. XLVIII.

CHAPITRE II

L'OBLIGATION ALIMENTAIRE ENTRE PARENTS NATURELS ET SPÉCIALEMENT L'OBLIGATION ALIMENTAIRE DU PÈRE NATUREL DANS LES LÉGISLATIONS GERMANIQUES

L'obligation la plus naturelle et la plus indispensable qui s'impose à des êtres unis par les liens du sang est de s'entraider mutuellement, de se prêter secours et assistance, afin de favoriser le développement d'une vie qu'ils tiennent les uns des autres. Ce devoir est si impérieux, qu'il n'a nul besoin d'être justifié. Comme l'a dit, en termes excellents, un auteur allemand : « Dass derjenige, welcher das » hilflose Wesen erzeugt, für seinen Unterhalt so lange zu » sorgen hat, als es nicht im Stande ist, sich durch eigene » Tätigkeit den Lebensbedarf zu verschaffen, ist *ein Gebot* » *der Sittenlehre welches kein Gesetzgeber verneinen* » *kann* » (1). Et cependant ce droit de l'enfant, qui n'est autre que le droit à la vie, a parfois été nié par le législateur lui-même. On l'a vu dispenser le père de toute obligation envers son enfant naturel, et interdire à celui-ci, fût-il dans la plus affreuse détresse, de réclamer des aliments à l'homme qui lui avait imposé la vie. Ce n'est qu'au prix de discussions sans cesse renouvelées, et après des années de lutte ardente, qu'on pût enfin inscrire dans la loi ce devoir d'assistance réclamé par la morale la plus élémentaire.

L'obligation alimentaire, qui incombe aux parents naturels, a été diversement organisée par les législations latines et les législations germaniques. Dans les premières, elle n'a suscité aucune disposition spéciale, n'étant que l'une des nombreuses conséquences du jugement déclaratif de pater-

(1) Fuld. *Die Vaterschaftsklage und das B. G. B.* dans *Archiv für zivilist. Praxis* von Dr Kohlaas, 75^e vol., 1889.

mité. Au contraire, dans les secondes, elle est l'objet d'une réglementation particulière, détaillée et minutieuse, car c'est à cette seule obligation d'entretien, que se réduisent tous les effets de la filiation naturelle paternelle (1).

*
**

Conformément aux *principes généraux* qui régissent l'obligation alimentaire entre parents légitimes, le devoir d'assistance entre parents naturels suppose, dans les législations latines, l'état de *besoin*, d'*indigence* chez le créancier et une capacité *suffisante* de fortune chez le débiteur. C'est en tenant compte de ces deux facteurs, qu'il faut déterminer le montant de la dette (2). Le chiffre de la pension est variable et suit les fluctuations de fortune des deux parties (3). Les tribunaux jouissent en cette matière d'un libre pouvoir d'appréciation (4). De même que le droit successoral, le droit aux aliments est *réciproque*. Il en résulte que le

(1) Ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, les législations *belge* et *suisse* consacrent à la fois les deux solutions adoptées par les législations latine et germanique. A propos de toutes les questions, leur système est *mixte*. L'enfant, qui est au bénéfice d'un jugement déclaratif de paternité ou d'une reconnaissance volontaire (art. 334, 340 a C. civ. belge ; art. 303, 323 C. civ. Suisse), peut réclamer à son père l'obligation alimentaire *du droit commun*, telle qu'elle existe entre les parents légitimes et telle qu'elle est réglée dans les pays latins (art. 208, 209 C. civ. belge, art. 328, 329 C. c. s.). L'enfant naturel peut, le cas échéant, être tenu d'assister son père (et même dans le C. c. s. ses parents paternels) tombés dans le besoin. — Au contraire, tous les droits de l'enfant naturel, qui a exercé l'action purement pécuniaire des art. 340 b du C. civ. belge et 319 du C. c. suisse se réduisent à une simple créance d'aliments : ce sont alors les *règles spéciales de l'obligation alimentaire entre le père et l'enfant naturel* qui s'appliquent conformément au principe germanique. Nous les étudions plus loin.

(2 et 3) Cf. art 208, 209 C. civ. fr. — Voy. art. 328, 329 C. c. s. — Art. 138 et suiv. C. civ. italien.

(4) La plupart des jugements, attribuant à un homme la paternité d'un enfant, prennent soin d'ordinaire de fixer en même temps le montant et la durée de la pension alimentaire due par le père, pour l'entretien de l'enfant. *En fait*, sinon en droit, pendant la vie des

père naturel, contre lequel a été rendu un jugement en déclaration de filiation, peut, en cas d'insuffisance de ressources, réclamer des aliments à son enfant. Il acquiert donc également des droits, à côté des obligations nouvelles qui s'imposent à lui (1). Nous verrons que ce caractère de réciprocité est refusé par les législations germaniques à la dette d'entretien entre parents naturels ; l'enfant est seul appelé à en bénéficier. L'obligation alimentaire s'exécute d'ordinaire en argent ; le père doit donc s'acquitter de sa dette, en payant à l'enfant l'argent nécessaire à son entretien, nourriture, habillement, éducation, instruction, etc... Cependant, dans deux hypothèses exceptionnelles, le débiteur peut être autorisé à se libérer par des prestations en nature. Aux termes des articles 210 et 211 du Code civil français, le père ou la mère, qui offre de recevoir, nourrir et entretenir dans sa demeure l'enfant à qui il doit des aliments, peut être dispensé de payer la pension alimentaire ; il en est de même lorsque le débiteur d'aliments établit qu'il est incapable de payer la rente. Cette faveur réservée aux père et mère peut, dans le cas de reconnaissance judiciaire d'enfant naturel, offrir les plus graves dangers. Grâce à ce moyen, le père, dans un but de basse vengeance, peut arrar-

parties, c'est à cette seule obligation que se réduisent les rapports de l'enfant naturel et de son père. Voy. Meaux, 28 déc. 1912. D. 1913.2.332. — Aurillac, 5 mars 1913. *Gaz. Pal.* 1913.1.492. D. 1913.2.334. — Douai (tr. civ.) 7 mai 1913. D. 1913.2.337. — Langres 8 mai 1913. D. 1913.2.337. — Rodez, 12 janv. 1914. *Le Droit*, 19 mars 1914. *Gaz. Trib.* 28 fév. 1914. Tr. Seine, 13 janv. 1914. *Gaz. Trib.* 14 mars 1914. — Nîmes (Cour d'appel) 23 fév. 1914. *Gaz. Trib.* 25 avril 1914. — Le montant des pensions d'aliments, comme nous le verrons plus loin, est d'ordinaire assez minime (30 francs par mois). Le juge fixe également la durée de l'obligation alimentaire ; elle commence à courir le plus souvent du jour de l'assignation, plus rarement du jour de la naissance, et prend fin lorsque l'enfant a atteint 16 ou 18 ans, parfois seulement à sa majorité. Il convient cependant de remarquer que cette obligation n'est point temporaire, et que, conformément aux principes généraux en la matière, elle peut être réclamée à toute époque de la vie de l'enfant, en cas de besoin de celui-ci.

(1) Cf. Rapport Viollette à la Chambre, 1911, p. 26.

cher à la mère pleine de dévouement et de sollicitude, le jeune enfant et exercer sur cette innocente victime les plus odieux sévices. Mais il convient de rappeler que la disposition de l'article 211 du Code civil français dérogoratoire au principe général de l'exécution de l'obligation alimentaire en argent, constitue une faveur pour les père et mère : elle doit donc être exclusivement réservée à ceux qui s'en montrent dignes, et qui offrent de suffisantes garanties de moralité et d'affection. D'ailleurs, les tribunaux usent à cet égard du plus large pouvoir d'appréciation, et ils restent libres de juger, d'après les circonstances de chaque espèce, de l'opportunité de cette mesure (1). C'est pourquoi, ils ne devront pas hésiter à rejeter une telle demande qui paraît particulièrement suspecte, quand elle émane d'un homme qui a cherché à se soustraire aussi lâchement à l'accomplissement de son devoir : une telle manœuvre masquera souvent un calcul égoïste du père, qui veut réduire au minimum les charges d'entretien de l'enfant, et peut-être aussi user de représailles à l'égard de la mère (2).

Enfin, de ce fait que, dans les législations latines, la parenté naturelle n'a qu'un *seul degré*, il résulte que l'obligation alimentaire n'existe qu'entre l'enfant illégitime et ses père et mère (3) ; aucun lien juridique ne l'unit à ses grands parents.

Ainsi, l'obligation alimentaire entre parents naturels ne donne lieu, dans les pays latins, à aucune difficulté spéciale ; elle est soumise aux règles du droit commun (4). Au contraire, comme elle constitue à elle seule, dans les législations germaniques, l'unique effet du jugement déclaratif de filiation, elle acquiert une importance primordiale et né-

(1) Cf. Cass. 23 janv. 1893. D. 93.1.185.

(2) Voy. Lavollée, *op. cit.*, p. 221. — Brun, *op. cit.*, p. 148.

(3) Voy. cependant art. 13 du projet italien Scialoja.

(4) Ainsi, la pension alimentaire ne peut faire l'objet d'une saisie (art. 581 C. proc. civ.) ni d'une cession valable, ni d'une compensation (art. 1293 3° C. civ.) ; elle est intransmissible et disparaît avec la mort des personnes entre lesquelles elle existe. Cons. Capitant et Colin, t. I, p. 369, 370.

cessite un examen sérieux et détaillé, auquel nous allons consacrer de longs développements.



Il importe tout d'abord, de distinguer soigneusement la créance alimentaire, dont sont tenus les uns envers les autres les parents légitimes, et la dette d'entretien (Unterhaltspflicht) qui incombe au père naturel, à l'égard de son enfant.

Elles sont l'une et l'autre l'une des conséquences normales de la filiation, et se justifient d'elles-mêmes. Elles constituent un devoir de conscience, une obligation morale, mais elles n'acquièrent une existence juridique, leur exécution ne peut être réclamée en justice que si la filiation a été préalablement établie. En particulier, il est nécessaire que l'enfant naturel ait obtenu un jugement de paternité qui lui sert de titre (1). Ce jugement ne crée pas le droit de l'enfant ; il ne fait que constater la filiation, d'où découle la dette d'entretien. A la différence de l'obligation alimentaire entre parents légitimes, le droit à l'entretien de l'enfant illégitime est *unilatéral* (einscitig). Jamais l'enfant naturel ne peut être tenu de prêter secours à son père, alors que celui-ci tomberait dans le besoin. Inversement, la dette n'oblige que le père. Si celui-ci est ou devient incapable de payer à l'enfant la pension alimentaire, ce dernier ne peut s'adresser à ses parents paternels. C'est alors sa mère et ses parents maternels qui sont tenus de l'obligation alimentaire ; en effet, l'enfant naturel fait partie de la famille de sa mère, au même titre qu'un enfant légitime ; les règles ordinaires sur la créance d'aliments s'appliquent normalement (2).

(1) Voy. cependant ce qui sera dit plus bas à propos de la transaction.

(2) En effet, il résulte de la diversité des rapports qui unissent l'enfant naturel à son père et à sa mère, que *l'obligation alimentaire n'est pas régie à leur égard par les mêmes dispositions*. Vis-à-vis de la mère et de la famille maternelle, l'enfant naturel étant assimilé à un légitime, peut réclamer l'obligation alimentaire du droit

Unilatérale, limitée quant aux personnes qui en sont redevables, la dette d'entretien est *limitée* aussi, quant à la *durée*. Tandis que l'enfant légitime peut à tout âge réclamer des aliments de ses père et mère, l'enfant naturel est privé de son droit, dès qu'il a atteint un âge déterminé, qui varie selon les législations de 15 à 18 ans. Passé ce délai, l'enfant est censé pouvoir se suffire à lui-même.

L'obligation alimentaire entre parents légitimes ne peut être réclamée, que si le créancier prouve qu'il est dans le besoin (*bedürftig*) et si le débiteur est en état de fournir les aliments (*leistungsfähig*). Au contraire, quand il s'agit d'un enfant naturel, celui-ci a *toujours* le droit de réclamer des aliments, quelles que soient ses ressources personnelles, et la capacité de fortune de son père. Les secours n'étant accordés qu'à l'enfant en bas âge, celui-ci est présumé être hors d'état de se suffire à lui-même. Cette dette a pour *seul* fondement *la paternité du débiteur*, dont elle constitue l'obligation unique. L'enfant a droit à l'entretien, par cela seul que sa filiation a été établie judiciairement.

Enfin le droit aux aliments, de même que le droit d'exercer l'action, est *personnel* à l'enfant. Il cesse en cas de mort de l'enfant ; par contre, il est transmissible passivement aux héritiers du débiteur.

Le principe fondamental sur lequel a été réglé l'obligation d'entretien du père naturel et qui commande toutes les solutions de détail, a été fort bien dégagé par M. Opet dans les termes suivants : *Allein die Unterhaltungspflicht des « auszerehelichen Vaters steht mit der allgemeinen Alimentenverbindlichkeit insofern nicht auf gleicher Linie,*

commun, telle qu'elle existe entre parents légitimes ; ce sont alors les articles 1601 à 1615 du C. c. all. qui trouvent application. L'obligation est réciproque, l'entretien est proportionné aux besoins du créancier et à la capacité de fortune du débiteur, etc... Au contraire, l'obligation d'entretien qui existe entre l'enfant naturel et son père est organisée d'après les dispositions exceptionnelles des articles 1708 à 1715 du C. c. all. Ses caractères sont spéciaux et originaux. Cette remarque est *essentielle* ; on ne saurait trop la mettre en lumière.

« *als sie nicht, wie jene, die Berdüstigkeit des zu Alimen-
« lirenden voraussetzt, sondern vom Kind prinzipiell ledi-
« glich auf Grund seines unehelichen Kindschaftverhältnis-
« ses beansprucht werden darf* » (1).

Tels sont les caractères généraux de l'obligation alimentaire du père naturel. Nous verrons d'ailleurs que, sur plus d'un point, les législations ont apporté à ces règles des modifications profondes, d'importantes restrictions. Mais nous avons jugé utile d'esquisser rapidement les grandes lignes du sujet, afin d'en mieux saisir par la suite les détails.

Il va de soi, que c'est le défendeur à l'action en paternité, c'est-à-dire le père naturel qui est tenu de la dette d'entretien, c'est lui qui doit l'acquitter. Mais d'autre part, l'enfant naturel étant assimilé à un enfant légitime dans la famille maternelle, la mère et les parents de celle-ci sont soumis, envers lui, à l'obligation alimentaire ordinaire. Il s'agit donc de *répartir* le fardeau de l'entretien entre ces divers débiteurs.

Cette question est susceptible d'une infinité de solutions. Les législations anciennes et modernes nous en offrent un choix très riche. Il est cependant possible de les grouper en plusieurs systèmes. D'après un premier système, qui tend d'ailleurs à disparaître, le père naturel n'est tenu de la dette que d'une façon *subsidaire*, quand la mère est dénuée de toutes ressources. Cette solution, qui a été consacrée par la législation anglaise et que l'on rencontrait également dans le Grand-Duché de Bade (2) et le Duché d'Anhalt (3), est fort peu équitable ; car il n'est point juste, de laisser supporter par la mère seule, toutes les conséquences d'une faute qui lui est commune avec le père ; d'autre part, ce système est défavorable à l'enfant, car il suffit que la mère ait quelques maigres ressources, pour que le père soit exonéré de toute charge ; l'enfant manque alors des soins nécessaires, et subit des privations. On peut lire dans l'Exposé

(1) Opet, *op. cit.*, § 37, p. 386 n° 6.

(2) Grand Duché de Bade, loi de 1851.

(3) A. Anhalt. L'obligation de la mère est primaire, lorsqu'elle a déjà eu un enfant naturel ou qu'elle refuse d'épouser le père.

des Motifs du Code civil allemand une critique sévère de cette théorie (1).

Dans un second groupe de législations, de beaucoup le plus nombreux, la charge de l'entretien de l'enfant est *équitablement* répartie entre le père et la mère naturels. L'enfant est né de leur union ; il paraît juste que l'un et l'autre participent aux dépenses qu'il rend nécessaires. Mais les difficultés renaissent, quand il s'agit de déterminer dans quelles proportions le père et la mère doivent contribuer aux frais d'entretien. Un grand nombre de législations déterminent d'une manière fixe le montant de la part contributoire du père. Ainsi à Soleure, le père est tenu de payer une pension annuelle de 60 francs à Saint-Gall, elle est de 25 gùlden (53 francs) (2). En Angleterre, quand les ressources de la mère sont insuffisantes, le juge condamne le défendeur à verser une allocation hebdomadaire de 5 schillings (325 francs par an) (3). D'après la loi danoise du 27 mai 1908, l'apport du père doit en général être fixé aux trois cinquièmes des frais qu'entraîne l'entretien de l'enfant (4). D'autres législations plus souples, au lieu d'établir un taux fixe, se contentent de déterminer un maximum et un minimum entre lesquels oscille le taux de la contribution. Dans les Codes cantonaux de la Suisse, il varie ordinairement entre 50 et 300 francs (5). Enfin, d'après les législations nombreuses et aussi les plus récentes, les père et mère sont tenus, concurremment et subsidiairement entre eux, de la dette d'entretien. Aucune proportion, aucun taux n'est fixé par avance. Il est librement débattu entre les parties, ou déterminé selon les circonstances de chaque espèce par le juge. A Lucerne et à Fribourg, le juge n'est

(1) Cf. *Motifs du C. c. all.* IV, p. 881.

(2) Soleure, C. civ. art. 298 ; Saint-Gall, *loi cit.*, art. 7.

(3) St. 7 et 8. Vict. c. 101 § 3.

(4) Loi danoise du 27 mai 1908, art. 1^{er}.

(5) Voy. Schaffouse. P. R. art. 263 ; Fribourg, *loi cit.*, art. 31 (50 à 100 francs) pendant quatre premières années de l'enfant. — Argovie, C. civ. art. 241, 243 ; Obwald, *loi cit.*, art. 15 (70 à 180 fr.) ; Berne, C. civ. art. 170, 171 (50 à 300 fr.).

chargé de cette mission, que si un arrangement amiable entre les parties n'a pas été possible (1). Mais le plus souvent, la détermination de la part contributoire du père et de la mère est établie par jugement (2). Cette solution paraît être de beaucoup la plus satisfaisante ; elle est plus souple que le système qui fixe, d'une façon nécessairement arbitraire, le taux légal de la part contributoire du père et par suite elle est susceptible d'une adaptation plus parfaite aux circonstances si variées de la vie. Le juge, en s'inspirant des faits de chaque espèce, impose d'une manière équitable chacun des parents pour une somme proportionnée à leur situation de fortune respective. Les père et mère sont tenus solidairement des frais de l'entretien de l'enfant ; mais cela ne veut pas dire qu'ils doivent y contribuer chacun pour moitié ; la contribution de l'un peut être supérieure à celle de l'autre. Cela dépend des circonstances. Si c'est le père qui a les ressources les plus grandes, il supportera la majeure partie des dépenses occasionnées par l'enfant ; il se peut même que la mère étant dénuée de toutes ressources, le père soit tenu d'assumer la totalité des charges d'entretien. Au contraire, si c'est la mère qui est dans une situation de fortune plus aisée que le père, c'est elle qui sera la plus imposée. Enfin, si les deux parties ont la même condition sociale et des ressources analogues, elles seront condamnées à contribuer par parts égales, aux dépenses de l'enfant. Cette solution est aussi la plus juste : le père et la mère ne doivent-ils pas répondre l'un et l'autre des conséquences d'une faute qui leur est commune ? S'il est équitable de venir en aide à la fille-mère, il est inique de rendre le père seul responsable d'un acte auquel la femme a dans bien des cas librement consenti, et dont elle a été moins la victime que la complice.

Aussi, ce système a-t-il été adopté par la majorité des législations. Nous le rencontrons dans la plupart des Etats

(1) Mais un minimum de 60 fr. est indiqué. Lucerne, *loi cit.*, art. 9 et 10 ; Fribourg, *loi cit.*, art. 36.

(2) Ou par l'autorité administrative : Danemark, Norvège.

particuliers de l'Allemagne (1), dans nombre de cantons suisses (2), en Ecosse, en Suède (Code de 1734) (3). Il est consacré par les législations les plus récentes. La loi norvégienne du 6 juillet 1892 affirme cette solution dans son article 1^{er} et la développe longuement : Le père, dit-elle, est tenu de subvenir en partie ou même en totalité aux frais d'entretien de l'enfant. Le montant de la contribution annuelle est fixée par l'autorité supérieure ; la fixation est faite de manière que la charge retombe également sur les deux parents, suivant leurs facultés ; mais si la mère est morte, l'obligation peut incomber pour le tout au père ; il en est de même, si la mère ne peut payer (4). C'est à ce même système que s'est rallié le législateur belge (loi du 6 avril 1908, art. 340 b). Le texte, proposé par le rapport au Sénat, employait le terme très expressif de « contribution » ; l'enfant, disait-il, peut réclamer, de celui qui a eu des relations avec sa mère, une contribution annuelle aux charges de son entretien et de son éducation. Mais le ministre de la justice Renkin, craignant qu'on interprêtât cette rédaction, en ce sens que le père ne doit en aucun cas assumer la charge entière de l'entretien de l'enfant, proposa de substituer au mot « contribution » le terme « pension » (5). Il reste vrai — on a d'ailleurs insisté maintes

(1) Code saxon, art. 1858 ; Weimar, loi 13 avril 1829, art. 1 à 8 ; Meiningen, loi du 9 sept. 1844, art. 13, 17 ; Cobourg, loi 28 juillet 1858, art. 1^{er} à 5 ; Gotha, loi 1^{er} juillet 1869, art. 1^{er}, 4, 6.

(2) Fribourg (*loi cit.*, art 57, dans le cas d'action alimentaire) ; Berne (C. civ. art. 169) ; Appenzell A. Rh. Familienrecht, art. 24 ; Bâle-Ville. E. G. O., art. 92, 93 ; Bâle-Campagne. E. G. O., art. 21 ; Glaris, C. civ., art. 195.

(3) Mais voy. loi 17 mars 1905.

(4) Il convient aussi de citer la disposition très détaillée de l'art. 132⁴ du C. civ. russe (loi des 3-16 juin 1902 : « Le père de l'enfant illégitime est obligé, *proportionnellement à ses moyens et à la condition sociale de la mère de l'enfant*, de supporter les frais de son entretien, s'il en a besoin, jusqu'à sa majorité. La mère de l'enfant *participe à ses frais d'entretien proportionnellement à ses moyens*, dont on tient généralement compte dans la détermination de la part due par le père ».

(5) Renkin. Chambre belge 1907, n° 255, p. 231, 2^e col., 232, 1^{re} col.

fois sur ce point, au cours des débats (1) — que cette modification de texte n'apportait absolument aucun changement à l'esprit de la disposition. Ainsi, dans la généralité des cas, la mère étant dénuée de ressources aura seulement la charge de l'éducation et de la garde de l'enfant, le père assume la charge de l'entretien. La misère de la mère est un titre trop valable à son dégrèvement. Mais si celle-ci est dans l'aisance, il n'est que trop juste de lui imposer aussi une part des frais d'entretien. Il faut s'en remettre aux tribunaux du soin de répartir équitablement les charges entre le père et la mère, et de proportionner la contribution de chacun à leur état de fortune respectif (2). — Enfin le Code civil suisse de 1912, dans son article 319 al. 1, n'impose au père qu'une contribution équitable (*angemessener Beitrag*) aux frais d'entretien de l'enfant. En principe, le défendeur ne doit donc pas supporter tous les frais; mais il peut arriver qu'en fait, toute la charge lui incombe, par suite du dénuement de la mère (3).

La question que nous étudions est susceptible d'une dernière solution. L'obligation peut être primaire pour la mère, secondaire pour le père; l'un et l'autre peuvent en être tenus concurremment; enfin le *père seul* y est soumis, la mère ne l'est que subsidiairement. En principe, la totalité de la charge d'entretien incombe au défendeur. Ce n'est qu'au cas où celui-ci est incapable de supporter tous les frais nécessités par l'enfant, que la mère est appelée à y contribuer, dans une mesure variable selon les cas. On trouve des traces de ce système dans les cantons de la Suisse romande (4), où il est consacré sous une forme très

(1) Renkin, Sénat belge 1908, n° 301, p. 245, 2^e col.

(2) Rapport au Sénat belge, n° 106, § 1^{er}, p. 127.

(3) Mohr, *op. cit.*, p. 112. — Voy. Egger, *op. cit.*, ad art. 319.1. b.

(4) Voy. Vaud (C. civ., art. 195, al. 3 à 5), enfant à la charge de la mère pendant la 1^{re} année. — Neuchâtel (C. civ., art. 250, 251), pendant six premiers mois. Valais (C. civ. art. 150 à 154) deux premières années; Fribourg (*loi cit.*, art. 31 à 36) quatre premières années; mais le père doit déjà payer à la mère une indemnité annuelle de 50 à 100 francs.

originale. L'enfant est ordinairement à la charge de la mère pendant les premiers mois, voire même pendant les premières années. Puis, quand l'enfant a atteint deux, trois ou quatre ans, selon les législations, le père est alors tenu de pouvoir seul aux frais d'entretien et d'éducation. La mère ne doit fournir le supplément nécessaire qu'au cas d'insuffisance de fortune du père. Cette division de la charge d'entretien en deux périodes constitue une solution curieuse qu'il n'était pas sans intérêt de signaler. Mais c'est en Allemagne que nous rencontrons ce système dans toute sa pureté et son intégrité. « Le père, dit l'article 1709, alinéa 2, du Code civil allemand, doit l'entretien, » avant la mère et les parents maternels de l'enfant. » Sans doute, ces derniers sont tenus de l'obligation alimentaire mais ils ne le sont qu'en deuxième ligne, c'est-à-dire si le père est inconnu, ou s'il ne peut payer la totalité de la dette. Les rédacteurs des *Motifs* du Code civil allemand (1) ont longuement justifié cette solution. Ils commencent par faire le procès des systèmes que nous avons mentionnés plus haut, et dont certains étaient consacrés par les législations des Etats de l'Empire. Ils leur reprochent de faire peser trop lourdement la charge d'entretien sur la mère. En fait, la contribution du père ne fait que compléter les ressources insuffisantes de la mère. L'enfant ne reçoit pas toujours ainsi les secours nécessaires, il supporte des privations, nuisibles à sa santé morale et physique. De plus, ces systèmes aggravent les conditions d'exercice de l'action en paternité, car le demandeur doit apporter la preuve de l'incapacité de fortune de la mère (2). Le législateur allemand nous indique alors comment il a découvert sa solution. Il a considéré que, dans la société moderne, c'est l'homme qui a la plus grande valeur économique ; c'est à lui qu'incombe la mission de travailler et de lutter pour nourrir sa famille. C'est à la femme que revient le soin d'élever, d'éduquer, de

(1) *Motifs du C. c. all.*, IV, p. 881, 882.

(2) Cette critique est principalement dirigée contre le système adopté dans le Grand Duché de Bade, où l'obligation de la mère était primaire.

soigner les enfants. Or, le législateur allemand qui a pris pour principe « de modeler le droit sur la vie sociale », a laissé à chacun son rôle naturel : au père, il ordonne de donner une part de son gain ; de la mère, il réclame le dévouement et l'amour.

Au cours de la discussion qui eut lieu à la Commission de justice au Sénat belge, les partisans du système allemand ajoutèrent cet argument, qu'il était juste de dégrever la mère de toutes les charges pécuniaires d'entretien et d'éducation, car elle doit déjà supporter seule toutes les souffrances physiques et morales dues à son abandon, et donner à l'enfant, au moins pendant ses premières années, son temps et ses soins (1). Nous avons d'ailleurs vu que cette solution n'avait eu aucun succès en Belgique. Par contre, elle était déjà admise par quelques législations allemandes (2), par le Code civil autrichien (art. 167) et elle a été adoptée par la loi suédoise du 17 mars 1905.

Cependant, nos préférences ne vont pas à ce dernier système. Si l'on se place au point de vue du législateur allemand, il faut remarquer que précisément, dans le milieu social où se recrutent la majorité des mères naturelles, le père et la mère travaillent chacun de leur côté, pour contribuer dans la mesure de leurs moyens aux dépenses du ménage et aux frais d'entretien des enfants. Tel est le cas normal. En outre, à ceux qui voient dans le principe du Code civil allemand une menace dirigée contre le père, un moyen de le retenir, on peut répondre avec autant de raison, que la mère aura plus de retenue, si elle sait qu'en s'exposant à avoir un enfant, elle sera tenue de l'élever, au moins en partie, à l'aide de ses propres ressources. Enfin, on ne peut nier qu'il soit éminemment juste que le père et la mère naturels répondent également des conséquences

(1) Rapport au Sénat belge n° 106, § 1, p. 127.

(2) Land. Pruss. II. 2. art. 612 et loi du 24 avril 1854, art. 12 ; Land. Würtemb. IV, 18, art. 2 à 5 ; Land. Bavar. I. 4. art. 7 ; Reüss (branche aînée) loi 4 janv. 1854, art. 7 à 13. — Zürich (P. G. art 294-299) mais seulement quand l'enfant a plus de 12 ans. Cf. Thurgovie (P. G. art. 195-199), Glaris. C. civ. art. 195.

d'une faute qui leur est commune, et qui a engagé leur responsabilité.

Mais revenons à l'étude objective du système allemand. C'est donc sur le père naturel, que retombe la totalité de la charge d'entretien. Il en est ainsi, alors même que la mère ou les parents maternels seraient aisés et capables d'élever l'enfant par leurs seules ressources ou tout au moins de contribuer aux dépenses (1). Si la mère travaille de son côté et n'emploie pas en totalité les sommes versées par le père, l'argent ainsi gagné ou économisé sera épargné, capitalisé et constituera pour l'enfant un précieux petit pécule (2). Quelle que soit la situation de fortune de la mère et des parents maternels, le père est toujours tenu de l'intégralité de la dette d'entretien. Au point de vue de l'assistance de l'enfant, on peut dire, toutes proportions gardées, que l'assimilation est faite entre le père naturel et le père légitime (3).

Si, en droit, le père est tenu avant la mère et les parents maternels, il peut arriver qu'en fait, il ne puisse fournir à lui seul l'entretien de l'enfant. En ce cas, l'obligation subsidiaire de la mère et des grands-parents maternels passe en première ligne. Ceux-ci sont tenus de toute la partie de la dette dont le père ne peut s'acquitter ; c'est d'abord à la mère qu'incombe cette charge : elle doit partager avec l'enfant ses ressources. Si elle en est incapable, c'est à un ascendant plus aisé (*leistungsfähiger*) de la ligne maternelle qu'est dévolue l'obligation alimentaire (4). Mais le législateur allemand n'a pas voulu grever la famille maternelle d'une charge aussi lourde, sans lui permettre de rentrer dans ses déboursés. « En tant que la mère ou un parent maternel qui doit l'entretien le fournit à l'enfant, dit l'article 1709, alinéa 2 du Code civil allemand, le droit de

(1) Planck. ad art. 1708.4. a. — Cf. pour la Suisse Egger, *op. cit.* ad. art. 319.2. b.

(2) Cf. *Motifs du C. c. all.*, p. 881, 882.

(3) Cf. Haléwyck, *op. cit.*, p. 105. « Le mari doit supporter les dépenses du ménage » (art. 1389 et 1427 C. c. all.).

(4) Planck, ad art. 1709.1.

« l'enfant à l'entretien contre le père passe à la mère ou « aux parents maternels ». Ceux-ci jouissent donc d'un droit de *recours* (Regresz) contre le père, débiteur principal. Pour leur faciliter l'exercice de ce recours, le Code civil allemand leur a fait la faveur de les subroger, *ispo jure*, dans les droits de l'enfant. Par suite, dans la mesure, mais dans la mesure seulement (1) où la mère ou les parents maternels ont contribué à l'entretien de l'enfant, le droit de celui-ci disparaît et passe avec tous ses caractères d'insaisissabilité, d'incessibilité aux mains de ceux qui ont acquitté l'obligation alimentaire. Mais à ce principe général le Code civil allemand apporte un correctif destiné à sauvegarder les droits de l'enfant : « Toutefois, on ne peut « faire valoir ce droit au préjudice de l'enfant ». Celui-ci conserve en toutes circonstances la priorité. Nous avons déjà eu l'occasion de préciser le sens de ces dispositions ; nous ne pouvons que renvoyer le lecteur aux développements que nous leur avons consacrés (2).

Rappelons seulement que le bénéfice de la subrogation a été accordé par une loi spéciale (3) aux caisses publiques de bienfaisance qui auraient secouru l'enfant. Par contre il est refusé aux personnes non tenues de la dette d'entretien et, à plus forte raison, aux personnes étrangères à la famille. Celles-ci doivent se contenter d'exercer l'action en remboursement née du mandat (Auftrag) article 662 du Code civil allemand ou de la gestion d'affaires sans mandat (Geschäftsführung ohne Auftrag) articles 667-683 du Code civil allemand.

(1) La mère et les parents maternels ne peuvent obtenir le remboursement de leurs dépenses que jusqu'à concurrence du montant de la pension alimentaire due par le père, conformément à l'art. 1708 C. c. all. Ils ne sont pas davantage remboursés de leurs dépenses, quand ils ont volontairement fourni à l'enfant une aide pécuniaire, alors qu'ils savaient bien que la pension versée par le père était suffisante aux besoins de l'enfant. On doit présumer, à moins de convention contraire, qu'ils ont agi dans un but de libéralité (Cf. art. 685. al. 2 C. c. all.).

(2) Voy. notre travail, p. 338.

(3) Loi du 6 juin 1870 (art. 62) sur le domicile de secours.

Ainsi la mère naturelle et les parents maternelés sont subsidiairement tenus des frais d'entretien. Il en est ainsi dans toutes les législations qui assimilent l'enfant naturel à un enfant légitime dans la famille maternelle. Il est au contraire très rare que les ascendants paternels soient rendus responsables. En effet, l'enfant n'appartient pas à la famille de son père. On ne trouve cette règle exceptionnelle que dans l'ancien Landrecht prussien, en Bavière et à Zurich (C. civ. art. 299). On justifie d'ordinaire cette anomalie, en disant qu'il est encore préférable que ce soit les parents paternels que l'ensemble des citoyens qui supportent cette charge. Mais, dans toutes les autres législations, c'est cette dernière solution qui est adoptée. L'enfant est recueilli et secouru par l'Assistance publique. En Suisse, ce sont les communes qui sont tenues subsidiairement à la place des parents; elles jouissent ordinairement d'un droit de recours contre le père (1), et même parfois contre les autres parents de l'enfant (2). On va même jusqu'à accorder à l'établissement de bienfaisance, qui a assumé la charge de l'enfant, le droit d'intenter l'action en paternité aux lieu et place de celui-ci.



Ayant ainsi étudié les règles de répartition de la charge d'entretien entre le père et la mère, il nous faut maintenant rechercher quelle est la *mesure* de l'obligation, c'est-à-dire d'après quelles données est déterminé le montant de la pension alimentaire. Nous verrons d'ailleurs que ces questions sont intimement liées, et nous rencontrerons à peu près les mêmes conceptions.

Nous avons déjà vu qu'un certain nombre de législations fixaient d'une manière invariable le taux de l'entretien,

(1) Zürich, P. G. art. 298; Shaffouse, P. G. art. 263; Obwald, *lex cit.*, art. 15; Schwyz, *lex cit.*, art. 31; Fribourg, *lex cit.*, art. 37; C. civ. vaudois, art. 195; Soleure, C. civ. art. 300 et loi du 18 mars 1853, art. 2.

(2)¹ Glaris. C. civ. art. 197.

ou déterminaient seulement un maximum et un minimum, entre lesquels il doit être compris. Nous avons déjà cité en ce sens la législation anglaise, plusieurs législations cantonales suisses, Schaffouse, Fribourg, Argovie, Obwald. Il convient d'ajouter le groupe zurichois où il est stipulé que le montant de la créance alimentaire ne doit jamais être inférieur à la moitié de la somme nécessaire à l'entretien d'un enfant légitime du même âge (1). Ainsi, aucun maximum n'est fixé, mais on ne peut descendre au-dessous d'un taux minimum déterminé. Il en est de même à Lucerne, où la pension ne peut être inférieure à 60 francs (2). Quelques législations allemandes adhèrent aussi à ce système : dans le Grand-Duché de Bade, la créance varie entre 20 kr. et 1 florin par semaine, dans le Code civil saxon entre 12 et 120 thalers, dans le Duché de Saxe-Meiningen entre 5 et 50 florins.

Mais les législations modernes ont tendance à repousser ce système arbitraire. Elles préfèrent s'en remettre au *juge* du soin de fixer *librement*, d'après les circonstances de chaque espèce, le montant de la pension alimentaire. Cette solution souple permet de le déterminer d'une façon plus satisfaisante, plus équitable, mieux appropriée aux cas particuliers. Mais d'après quelle base sera faite cette évaluation ? Sera-ce d'après la situation de fortune du père, d'après celle de la mère, d'après celle des deux réunis ? Tous ces systèmes ont été admis en législation. Le premier semble être en régression, et cependant, il paraît fort naturel, que le taux de la pension alimentaire soit proportionné aux moyens de fortune de celui qui en est tenu. Il est également inique de l'écraser, sous une charge trop lourde, ou de l'imposer pour une somme insignifiante. Cette solution, que l'on rencontre dans quelques législations de l'Allemagne et de la Suisse, a été vivement critiquée par les rédacteurs des Motifs du Code civil allemand (3). Si l'on

(1) Zürich, P. G. art. 705, 706 ; Thurgovie, art. 195, 199 ; Glaris, art. 195 ; Zug, art. 75 ; Schwyz, art. 28, 31.

(2) Lucerne, *lex cit.*, art. 9, 10.

(3) *Motifs du C. c. allem.*, p. 896, 897.

tenait compte des ressources du débiteur, disent-ils, la loi deviendrait lettre morte à l'égard d'une foule de personnes. Tous les individus appartenant aux classes pauvres de la société, ouvriers et domestiques, ne seraient jamais inquiétés.

Aussi le législateur *allemand* n'a-t-il pas hésité à prendre, comme base d'évaluation de la pension alimentaire, la *situation sociale de la mère* (ein der Lebensstellung der Mütter entsprechender Unterhalt) article 1708 du Code civil allemand. Puisque l'enfant naturel reste totalement étranger à son père, mais est destiné à vivre avec sa mère, auprès de qui il a la situation d'un enfant légitime, il est logique, semble-t-il, de lui faire partager l'état social de la famille à laquelle il appartient. Il convient de le laisser dans son milieu et de le soumettre aux conditions d'aisance, d'entretien, d'éducation et d'instruction de ses parents maternels (1). On n'a donc pas à tenir compte ni des besoins de l'enfant, ni de la capacité de fortune du père. Le montant de la pension alimentaire n'est en rien modifié par l'indigence plus ou moins grande du créancier, par la situation plus ou moins aisée du débiteur. Peu importe que celui-ci ait déjà d'autres charges à supporter, par exemple sa famille légitime à nourrir ; sans doute l'enfant légitime ne peut obtenir des aliments que s'il prouve son état de besoin, l'enfant naturel est dispensé de cette preuve. Mais on sait bien qu'en fait, le père s'acquitte volontairement de son devoir envers sa famille légitime, tandis qu'il cherche plutôt à se soustraire à ses obligations, à l'égard de ses enfants naturels. Il ne pourrait davantage arguer de ce fait, que le service d'une pension alimentaire le forcerait à restreindre son genre de vie. Si le législateur allemand a adopté ce système uniforme et rigide, c'est dans l'intérêt de l'enfant. Si celui-ci était contraint de démontrer son indigence pour obtenir des secours, il y aurait là une aggravation des conditions d'exercice de l'action et une

(1) Comp. *Protokolle*, p. 6212, 6213 ; *Denkschrift*, p. 228 ; *Kom. Ber.*, p. 160.

cause de retard dans la procédure ; et ce serait d'autant plus regrettable que les besoins de l'enfant réclament une assistance immédiate, et que le père chercherait à faire abaisser le taux de la pension, dès que la situation de son créancier s'améliorerait : d'où contestations et procès fâcheux (1). Nous avons déjà dit, d'autre part, l'inconvénient qu'il y avait à tenir compte des ressources du débiteur. Aussi le Code civil allemand, pour éviter les chicanes et protéger l'enfant en toute hypothèse, a-t-il admis en principe l'indigence de l'enfant naturel et la capacité suffisante de fortune du père. Et il faut avouer — étant donné le milieu où se recrutent les enfants illégitimes, que le législateur n'a pas fait erreur, quand il a présumé que ceux-ci sont d'ordinaire privés de toutes ressources. Puisqu'ils sont rattachés à leur mère, qu'ils vivent conformément au rang de celle-ci ! Et comme la mère est le plus souvent de condition humble, le père sera très légèrement frappé, il s'en tirera à bon compte et pourra subvenir, le cas échéant, à l'entretien de sa famille légitime, parfois nombreuse. Tout est pour le mieux dans le meilleur des mondes.

Mais que d'injustices, que de désastres, si la réalité ne se conforme pas aux prévisions du législateur, et si les rôles sont renversés ! Selon les circonstances, la dette alimentaire peut être une charge insignifiante pour le père naturel, ou une obligation très lourde, qui absorbe toutes ses ressources. Un auteur, qui a semblé prendre un malin plaisir à critiquer les dispositions du Code civil allemand, s'est ingénié à imaginer des situations curieuses, où l'application des règles du Code civil allemand conduit à des solutions étranges, sinon profondément injustes. On peut même lui adresser le reproche d'avoir poussé parfois les choses à l'extrême, mais c'était afin de mieux faire saisir les vices du système allemand (2). Il suppose, en particulier, le cas

(1) *Motifs du C. C. all. loc. cit.*

(2) Cosack. Vol. IV, § 358, note 2 a et b, p. 679. — Cet auteur cite également cette hypothèse troublante : un individu a eu, après la mort de sa femme, un enfant C de sa belle-sœur (sœur de sa femme). Il avait déjà un enfant légitime B. Les deux enfants n'ont pas de biens

d'un laquais qui a eu des enfants de sa femme légitime et un enfant naturel d'une princesse. Ce malheureux, qui suffit à peine à élever sa famille, devra consacrer la plus grande partie, sinon la totalité de son salaire à payer à l'enfant naturel, qui n'a nul besoin d'être secouru, une pension alimentaire en rapport avec la condition sociale de la mère. La femme et les enfants légitimes auront à peine de quoi vivre. L'auteur ajoute ce détail piquant : le père doit faire les sacrifices nécessaires pour permettre à l'enfant illégitime d'accomplir son service militaire comme volontaire d'un an, tandis que les enfants légitimes resteront deux ans et même trois ans sous les drapeaux ! L'exemple est frappant, la critique ingénieuse. Mais, si l'on fait la part de l'exagération, il faut reconnaître que, d'après le principe du Code civil allemand, il peut arriver que toutes les ressources d'un homme soient englouties par le service de la pension d'un enfant naturel, qu'il aura eu d'une femme appartenant à une classe sociale plus élevée que lui, tandis que la famille légitime, malgré le dur travail qu'elle s'impose, mène une vie de misère et de privations. C'est qu'en effet, la créance alimentaire de l'enfant naturel prime toutes les autres obligations du père. Elle a, dit Opet, un caractère absolu. « *Sie trägt einen absoluten Charakter* » (1). Aussi, tous les auteurs s'accordent-ils à déclarer que, dans le cas où un père est débiteur d'aliments à la fois envers un enfant légitime et un enfant illégitime, et n'a pas de ressources suffisantes pour satisfaire à ces deux obligations il doit en première ligne (in erster Linie) s'acquitter de la dette d'entretien, à l'égard de l'enfant naturel, sans s'inquiéter de savoir s'il restera quelque chose pour l'en-

personnels, mais le testament de leur grand-père maternel leur laisse à chacun 1.000 marks de rente annuelle. Le père peut aisément subvenir aux frais d'entretien de son enfant légitime B à l'aide de cette rente. Mais, d'autre part, la rente de l'enfant naturel C est épargnée et capitalisée, puisqu'il n'est tenu aucun compte de la fortune personnelle de celui-ci. Ainsi, à 16 ans, l'enfant naturel aura plus de 16.000 marks de fortune ; l'enfant légitime n'a point de capital constitué.

(1) Opet, *op. cit.*, § 37, a. p. 381.

fant légitime (1). De même, il passe avant l'épouse (2). Ainsi il faut convenir que les situations prévues par Cosack n'ont rien d'impossible ni d'irréalisable. Il y a certainement là un grave défaut, qui condamne le système allemand.

Cependant, il paraît qu'il donne en pratique des solutions très satisfaisantes. M. Haléwyck nous apprend, que la grande majorité des enfants naturels appartiennent aux classes pauvres de la société (3). Comme l'a dit un auteur célèbre, qui s'est occupé spécialement de cette question, Anton Menger, ce sont les filles du peuple qui sont le plus exposées aux dangers de l'amour, et qui sont le moins protégées contre eux. Obligées par les nécessités de la vie d'aller travailler au dehors, et de parcourir seules de longs trajets, elles sont en butte à des sollicitations nombreuses, et par suite, plus exposées à faillir que les filles riches, qui ont reçu une éducation soignée, vivent sous la surveillance de leurs parents, et ne sortent qu'accompagnées par des institutrices ou des femmes de chambre. « Es ist wahr, sagte
« der Reder, wenn der Hiru ùnd die Herde weiss, das der
« Wolf sie ùmschleicht, dann ist die Herde scheuer ùnd der
« Hirt vorsichtiger ! » (4). Dès lors, l'entretien conforme à la situation de la mère, servante, ouvrière, employée, ne nécessite pas de bien grosses dépenses, qui ne grèveront pas trop lourdement le budget du débiteur. Il paraît d'ailleurs, que la plupart du temps la mère et le père naturels appartiennent à la même classe sociale, celle des ouvriers et employés. Ce n'est qu'exceptionnellement que les magistrats allemands voient comparaître un couple dépareillé. C'est alors, un industriel ou un commerçant et son employée, parfois un maître et sa servante. D'ailleurs, quand le père est de condition sensiblement plus élevée que la mère, il s'entend à l'amiable sur le montant de la pension, se gardant bien de laisser échapper l'occasion de traiter en

(1) Planck, ad art. 1709, note 4. — Cosack, IV, § 358, cf. p. 680. — Dernbürg, IV, § 89, note 14, p. 288. — Poetzsch, *op. cit.*, p. 72.

(2) Comb., art. 360 et 1708 du C. C. all.

(3) Haléwyck, *op. cit.*, p. 102 et suiv.

(4) Anton Menger, *Das B. G. B. ùnd die besitzlosen Volksklassen*, § XXIII, p. 79.

secret cette affaire délicate (1). Quant au danger couru par la famille légitime d'être primée par l'enfant naturel, il est plus apparent que réel. Si, en effet, au cours des poursuites, en paiement d'aliments, le père ne peut soulever l'exception que « ses ressources lui sont nécessaires, à son propre entretien et à celui de sa famille légitime », il peut faire valoir avec succès cette raison, au moment de l'exécution, en vertu de l'article 850 du Code de procédure civile allemand.

Ainsi, le législateur allemand a statué en vue de la généralité des cas, il a prévu la situation habituelle, normale du père appartenant à la même classe sociale que la mère. C'est en ce sens que sa solution, basée sur le *quod plerumque fit*, peut se justifier. Mais il n'en reste pas moins vrai, qu'elle conduit à des conséquences fâcheuses, parfois désastreuses, au cas très possible où le père est d'une condition de fortune sensiblement inférieure à celle de la mère : dans l'hypothèse inverse, le résultat est non moins choquant : le sacrifice imposé au père est insignifiant.

Enfin, une dernière solution est possible : le montant de la dette alimentaire est déterminé *d'après la condition sociale du père et de la mère*. Ainsi l'équilibre n'est pas rompu, la pension alimentaire correspond exactement à la capacité de fortune de l'un et aux besoins de l'autre. Ce système est adopté par le Code civil suisse, imitant une disposition du Code civil des Grisons (2) : « Le juge, dit l'article 319 du Code civil suisse, alloue à l'enfant une pension alimentaire, qu'il règle en considération de la position sociale de la mère et du père (ein der Lebensstellung der Mutter und des Vaters entsprechender Unterhalt). » La loi belge du 6 avril 1908 (art. 340 b), la loi norvégienne du 6 juillet 1892 (art. 1^{er}) et la loi russe du 16 juin 1902 (C. civ. art. 132 4), consacrent également la même solution. Repoussant le système du Code civil allemand qui fixe le taux de l'entretien indépendamment de la situation de fortune du père, ces législations appliquent à

(1) Voy. Haléwyck, *op. cit.*, p. 72, 73.

(2) C. civ. des Grisons, art. 70.

la famille illégitime des dispositions analogues à celles qui réglementent l'obligation alimentaire entre parents légitimes (1). Elles laissent au juge toute liberté de déterminer le montant de la pension en tablant à la fois sur la fortune, les revenus et la situation économique du père et de la mère ; il peut également prendre en considération les espérances (*Anwartschaft*) (2) du défendeur. Il est recommandé pour évaluer les ressources du père, de tenir compte de ses revenus et aussi de ses charges, en particulier de celles que lui impose sa famille légitime (3). Si les situations du père et de la mère sont complètement différentes, la pension alimentaire ne peut correspondre exactement à l'une et à l'autre ; il faut prendre alors une sorte de moyenne. (*eine enstprechende Korrektür*) (4). Si la mère est très pauvre et le père aisé, il est juste que celui-ci contribue largement aux frais d'entretien de l'enfant, et lui fournisse tous les secours nécessaires (5). On peut également s'inspirer des besoins de l'enfant, pour évaluer le taux de la pension ; le montant en devra être majoré, si l'enfant est chétif ou estropié, et réclame des soins spéciaux (6). Mais il ne faut pas oublier que celui-ci est destiné à vivre avec sa mère, dans sa famille maternelle ; en fait, il a la même condition sociale que sa mère. Aussi, les législateurs ont-ils recommandé, sinon dans le texte même de la loi, du moins dans les rapports ou dans des déclarations verbales, qu'il convenait de s'inspirer plus spécialement des conditions et des exigences du milieu social où l'enfant est destiné à vivre et à grandir, c'est-à-dire de la situation sociale de la mère (7) ; car dans la majorité des cas, l'enfant partage la

(1) Voy. Rapport au Sénat belge, n° 106, p. 127.

(2) *Bulletin* XV, p. 832, 834. — Cf. Rossel et Mentha, T. I, p. 381.

(3) Rapport au Sénat belge, *loc. cit.*, 2^e Rapport, n° 311, p. 251, 1^{re} col. Voy. Leclercq, *op. cit.*, n° 54, p. XLVI.

(4) Egger, ad art. 319, note 3 c.

(5) Voy. Galopin, *op. cit.*, p. 47, n° 65.

(6) Egger, ad art. 319, note 3 e. — Comp. Staudinger-Engelmann, ad art. 1708 C. C. all., note 12.

(7) Voy. sur ce point Rapport au Sénat belge, n° 106, p. 127. — 2^e rapport au Sénat n° 311, p. 251, 1^{re} col. — Cf. art. 319, 1^{er} du C. C.

condition de celle-ci et passe au moins ses premières années dans la famille maternelle. Ce qu'il faut éviter, c'est que l'enfant soit un « déclassé », c'est qu'il jouisse de revenus importants, alors que sa mère est misérable. Ces considérations sont trop évidentes, pour avoir besoin d'être justifiées. Ainsi, grâce à cette solution, on évite le grave inconvénient d'épuiser, souvent au détriment de la famille légitime, toutes les ressources du défendeur, et celui non moins regrettable de le tenir quitte par le versement d'une somme dérisoire, eu égard à ses moyens de fortune. La pension allouée à l'enfant lui permet alors d'être élevé, nourri, instruit, en un mot de vivre conformément au rang qu'occupent ses parents dans la société (1).



Il nous faut maintenant rechercher quelle est l'*étendue* et l'*importance* de l'obligation alimentaire de l'enfant naturel, et ce qu'il convient d'entendre par le terme entretien (Unterhalt). Le législateur moderne ne limite pas la créance d'aliments aux strictes nécessités de l'existence, aux be-

suisse, *Bulletin* p. 1191. Comp. Curti Forrer, ad art. 319, note 6. — Egger, ad art. 319, note 3 c.

(1) Il nous paraît intéressant de relever quelques chiffres relatifs au taux de la pension alimentaire. Nous verrons qu'elle est en général très réduite : elle est seulement un peu plus élevée dans les villes et dans les grands centres que dans les campagnes. En Allemagne, le tarif de 15 marks par mois est couramment admis. Dans certaines villes importantes où la vie est plus chère, comme à Cologne, à Mayence à Berlin, le montant de la rente oscille entre 15 et 25 marks. A Francfort-sur-le-Mein, l'enfant, de 1 à 6 ans reçoit 25 marks par mois, et 30 marks à partir de 7 ans. Par contre dans certaines régions, comme le Grand-Duché d'Oldenburg, le taux s'abaisse parfois à 10 ou 12 marks. Cons. sur ce point Haléwyck, *op. cit.*, p. 121 et suiv. — H. Robert, *op. cit.*, p. 322 et suiv. — Reinsch. *Zum Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes gegenüber seinem Vater*, in *Deutsche Juristenzeitung*, 1906, p. 586. — En Suisse, le montant des rentes est très variable selon les cantons. Voy. supra page 485 et note 5. La moyenne nous est à peu près fournie par le canton de Zurich, où l'on alloue d'ordinaire 200 à 300 francs de rente annuelle à la campagne, 300 à 400 dans les districts urbains. Voy. Curti Forrer, ad art. 319, note 8.

Dans les pays latins, les juges fixent également le montant de la

soins indispensables de la (nothdürftig). Cette solution avait été cependant adoptée par le premier projet de Code civil allemand, à l'imitation de certaines législations particulières de l'Empire d'Allemagne (1) ; elle se rencontre également en Suède (2). C'est donc normalement un entretien conforme à la situation sociale de la mère seulement, d'après le Code civil allemand et la loi danoise — du père et de la mère d'après les autres législations (standsmässiger Unterhalt). L'entretien comprend donc tout ce qui est nécessaire à la vie. Il va de soi qu'il ne concerne pas les seuls aliments, mais encore l'habillement, le logement, les frais de maladie, etc. (3). Mais cela ne suffirait pas encore : la vie matérielle de l'enfant est seule sauvegardée. Mais il faut de plus songer à l'avenir : la pension alimentaire est temporaire ; elle cesse définitivement et fatalement dès que l'enfant a atteint l'âge fixé par la loi (ordinairement 16 à 18 ans). Il faut donc qu'à cette époque, l'enfant

pension et déterminent en même temps sa durée, bien qu'aucune limite légale ne soit imposée. Ainsi en fait le système latin règle cette question du taux de la pension d'une façon sensiblement analogue au système germanique. D'après les décisions intervenues en France jusqu'à ce jour, le taux de la rente est généralement fixé à 30 francs par mois. Cf. Douai, 7 mai 1913. D. 1913, 2. D. 1913, 337 ; Langres, 8 mai 1913, 21.337 ; Nîmes (C. d'appel) 23 fév. 1914. *Gaz. Trib.*, 25 avril 1914. — Le jugement de Meaux du 28 déc. 1912, D. 1913, 2. 322 n'avait accordé qu'une pension de 20 francs par mois ; il est vrai que, dans l'espèce, le père naturel occupait une situation modeste et avait charge de famille. — Même chiffre à Rodez, 12 janv. 1914. *Le Droit*, 19 mars 1914. — Aurillac, *Gaz. Pal.* 1913, 1.492 (600 francs par an). Par contre le tribunal de la Seine, 13 janvier 1914, *Gaz. Trib.* 14 mars 1914, a alloué une rente de 40 francs par mois. Sur la durée de l'obligation voy. infra.

En Belgique, le taux de la pension est d'ordinaire de 25 francs par mois (voy. Arlon, 19 déc. 1912. *Pasicr. belge*, 1913, 3.57. — Bruxelles, 25 janv. 1913, *Pasicr. belge* 1913, 3.117). 30 francs (Huy, 2 mai 1912. *Pasicr. belge* 1913, 3.49). Un jugement du tribunal civil de Tournai du 23 juillet 1913. *Pasicr. belge* 1914, 3.11 a accordé 45 francs à l'enfant jusqu'à l'âge de 12 ans et 60 francs de 12 à 18 ans.

(1) Cf. premier projet de C. civ. all., art. 1573. — Voy. Preuss. *Landrecht*. II, 2, § 626. Code civil saxon, art. 1864.

(2) Cf. Lchr. *Eléments de droit civil scandinave*, p. 336 et suiv.

(3) Curti Forrer, ad art. 319, note 4.

soit en mesure de vivre par ses seuls ressources ; il faut qu'il ait un métier, et qu'il gagne sa vie. Aussi, le père naturel est-il tenu de subvenir non seulement aux frais d'entretien proprement dits (Unterhalt), mais encore aux frais d'éducation (Erziehung) et de préparation à une profession (Vorbildung zu einem Berufe) (1), ainsi, le père doit permettre à l'enfant de fréquenter l'école, d'aller en apprentissage, de suivre des cours professionnels, etc. (2). Naturellement l'éducation, l'instruction de l'enfant, la profession (3) à laquelle il se destine doivent être en rapport avec la situation sociale de ses parents, avec celle de la mère seulement d'après le Code civil allemand. Cette solution peut être fâcheuse pour l'enfant, dont la mère est pauvre, mais qui fait preuve de remarquables dispositions intellectuelles, et pourrait, avec une aide pécuniaire suffisante, faire des études complètes : le père n'est pas légalement tenu de favoriser le développement de ses facultés. Dans la plupart des législations modernes, la situation sociale du père et de la mère est également envisagée. Mais il faut remarquer qu'en fait, — et d'après les propres conseils du législateur — c'est surtout d'après les conditions de vie de la mère que l'enfant, élevé à son foyer, doit être nourri et instruit.

On comprend aussi, parmi les frais l'entretien, des dépenses qui n'en sembleraient pas devoir faire partie : il en est ainsi des frais occasionnés par le baptême, la première communion, la confirmation de l'enfant. Certaines législations, telles que les lois danoise et norvégienne (4), les mentionnent expressément. En Allemagne, les auteurs les considèrent, comme faisant partie de l'éducation morale et religieuse de l'enfant (5). — Enfin, les frais d'enterrement

(1) Voy. art. 1708, al. 1 du C. C. all. ; art. 1 de la loi norvégienne ; art. 1 de la loi danoise ; art. 166 du C. civ. autrichien.

(2) Voy. Poetzsch, *op. cit.*, p. 70.

(3) Le choix de la profession de l'enfant appartient d'ordinaire à la mère.

(4) Art. 1 des lois danoise et norvégienne.

(5) Planck, ad art. 1708, note 4 b. — Dernbùrg, IV, p. 289, note 14 b. — Schnetzer, *op. cit.*, p. 38.

sont-ils à la charge du père et peuvent-ils être compris dans la dénomination générale d'entretien ? Certaines législations n'hésitent pas à répondre affirmativement, d'autres sont muettes sur la question (1). En effet, il paraît difficile de ranger ces frais parmi les dépenses d'entretien. Comme le dit un auteur allemand: « Unter Unterhalt ver-
« steht man nür den *Lebensunterhalt* » (2) (*l'entretien de la vie*). Par conséquent, les frais d'inhumation n'en font pas partie. C'est la solution qu'il faut adopter, semble-t-il, devant le silence du Code civil suisse et de la loi belge. Ces dépenses incombent aux héritiers de l'enfant, et sont une dette ordinaire de la succession : Tel est bien aussi l'avis du Code civil allemand (art. 1713, 2^e al.) ; mais un correctif important modifie cette règle absolue ; si le paiement ne peut être obtenu des héritiers, le père naturel est subsidiairement tenu de ces frais. Cette disposition semble très heureuse et n'a guère besoin d'être justifiée. Cependant, il y a un cas où le père naturel doit être seul à acquitter les dépenses nécessitées par l'inhumation de l'enfant ; c'est celui où l'enfant est mort-né ; il n'a alors point d'héritiers. Il n'y a d'ailleurs pas davantage de dette d'entretien à la charge du père ; aussi ces frais font-ils partie de l'indemnité due à la mère pour la couvrir des dépenses occasionnées par la grossesse, l'accouchement, l'incapacité de travail (3) (art. 1715 C. c. all. — 317 C. c. suisse).

La pension alimentaire de l'enfant se paie, au moyen d'une *rente en argent* (art. 1710, 1^{er} al. du Code civil allemand — art. 319, Code civil suisse, art. 340 *b* (loi belge) — art. 1 de la loi norvégienne, art. 1 de la loi danoise, etc...) Il résulte de ces dispositions expresses, que le père ne pourrait s'acquitter de sa dette en nature, par exemple en offrant d'élever l'enfant chez lui (4). Les législateurs

(1) Art. 1 loi danoise ; art. 3 loi norvégienne.

(2) Poetzsch, *op. cit.*, p. 99. — Comp. Planck, ad. art. 1713, note 2. — Opet, *op. cit.*, p. 121 et 398, Hirsch, *op. cit.*, p. 47. — *Motifs du C. C. all.* IV, p. 699.

(3) Poetzsch, *op. cit.*, p. 101. — Hirsch, *op. cit.*, p. 54.

(4) Zurich, art. 706 ; Thurgovie, art. 198 ; Glaris, art. 195 ; Schwyz, *lex cit.*, art. 31 ; Grisons, C. civ., art. 70, permettaient au père d'éle-

ce sont toujours méfiés d'une telle proposition ; ils soupçonnent qu'elle cache un mobile égoïste, tel que celui de réduire au minimum la pension de l'enfant ; et l'expérience leur a même appris qu'en ce cas, il court le risque d'être négligé, mal élevé et même brutalisé par un père qui l'a renié et n'est animé à son égard que de sentiments de haine (1). Cette solution est très remarquable et mérite pleine approbation. Cependant, nous verrons que cette disposition n'est pas *jus cogens*, mais seulement *jus dispositivum*, et qu'elle peut être modifiée par une convention contraire des parties.

Le montant de la rente, ainsi que les dates d'échéance, sont *librement* fixés par le juge ou par l'accord des parties. D'après le Code civil allemand (art. 1710), la pension alimentaire doit être payée par des versements trimestriels, le premier trimestre courant à partir de la naissance de l'enfant ; il va de soi que les parties sont libres d'adopter

ver l'enfant auprès de lui ; mais il fallait le consentement de l'autorité tutélaire. D'après l'art. 10 de la loi danoise, le père ne peut réclamer l'enfant pour en prendre soin que si la mère est morte ou si le conseil des tutelles a retiré la tutelle à celle-ci et du consentement du conseil. — Cf. art. 22 de la loi norvégienne de 1892.

En Allemagne, certaines législations des Etats particuliers permettaient au père naturel de prendre soin de son enfant. Le droit saxon (C. civ. saxon, art. 1858) lui donnait le droit d'élever l'enfant depuis l'âge de 7 ans jusqu'à l'âge où celui-ci pouvait subvenir lui-même à ses propres besoins. Il faut noter aussi la curieuse disposition du droit prussien antérieur à 1854 : quand l'enfant atteignait sa quatrième année, le père avait le droit ou de laisser l'enfant à la mère et de payer à celle-ci les frais d'entretien, ou de l'élever lui-même ou de le confier à un tiers. Sans doute si la mère refusait elle ne pouvait être contrainte de livrer l'enfant. Mais alors le père était libéré de toute dette d'entretien. Aussi y avait-il beaucoup d'individus qui usaient de cette faculté et spéculaient sur le refus de la mère (Alt. L. Recht II, 2 § 622. Le C. C. all. a supprimé radicalement tout droit du père sur la personne de l'enfant. Il lui a laissé seulement celui de s'adresser au tribunal des tutelles au cas où la santé ou la moralité de l'enfant serait compromise par les agissements de la mère. Voy. Dernbürg, § 89, note 4, p. 285.

(1) Cf. Fuld. *Soziale Medizin und Hygiene*, 1906, T. I, p. 285. — Haléwyck, *op. cit.*, p. 118, 119.

un mode de paiement différent. En général, les législateurs ont préféré ne pas poser de règles fixes, et laisser au juge toute latitude pour choisir, selon les circonstances de chaque espèce, les dates d'échéance qui s'accorderait le plus parfaitement, avec les besoins de l'enfant et de la mère d'une part, avec les ressources pécuniaires du père d'autre part. On doit, par exemple, tenir compte, autant que possible, des époques où celui-ci, ouvrier ou employé, touche sa paye ou ses appointements. Le juge décide ainsi, librement, au mieux des intérêts des deux parties, de la plus ou moins grande fréquence des versements (annuel, trimestriel, mensuel, bi-mensuel) (1). En tous cas, la rente est toujours payable *d'avance* ; cette règle est nécessitée par les besoins immédiats de l'enfant (2).

Les décisions concernant le montant de la pension alimentaire ne sont pas fixées par le juge d'une manière définitive et immuable ; elles sont toujours susceptibles d'être *révisées* (3) quand il se produit un changement quelconque dans la situation du débiteur ou dans celle du créancier. Cependant, en droit allemand, le montant de la pension étant indépendant de l'état de fortune du père, seules les variations que subit la condition sociale de l'enfant, c'est-

(1) H. Robert, *op. cit.*, p. 352.

(2) Tout trimestre commencé est définitivement acquis au créancier, même au cas où l'enfant mourrait dans les trois mois. Art. 1710 C. C. all., alin. 3. Si le père effectue un paiement anticipé pour une période plus longue, il n'est point libéré pour toute la partie de la dette dont il s'est prématurément acquitté. Il court le risque d'être actionné en paiement une seconde fois. Cependant, si la somme ainsi versée n'a pas encore été employée, si par exemple elle a été placée à la caisse d'épargne, on estime généralement que le père ne peut être astreint à un deuxième versement, car il peut opposer avec succès à l'enfant sa mauvaise foi. (*Einrede aus Treu und Glauben*). Planck, ad art. 1710, note 3. — Dernburg, IV, p. 289, § 89. — Poetzsch, *op. cit.*, p. 84. — Contra Mantey, *op. cit.*, p. 23. — Cf. art. 1614, C. C. all., 2^e alin.

(3) Art. 320 du C. C. S. — Leclercq, *op. cit.*, n° 55, p. XLVII. Rapport au Sénat belge n° 106, p. 128. — Planck, ad art. 1708, note 12 c. — Voy. art. 6 de la loi norvégienne du 6 juillet 1892. — Art. 132⁸ du C. civ. russe (loi du 16 juin 1902). — Loi hollandaise du 16 novembre 1909.

à-dire de sa mère, peuvent avoir une influence sur le taux de la rente. Dans les autres législations, on a égard également aux modifications qui affectent les patrimoines respectifs du père et de l'enfant. Il en est ainsi, particulièrement dans le Code civil suisse qui prévoit d'une manière expresse cette hypothèse (1) : « Les décisions concernant le « montant de la pension alimentaire, dit l'article 320, peuvent être révisées, à la requête de l'une des parties, si « les circonstances se modifient notablement (*bei erheblicher Veränderung der Verhältnisse*) ; la pension peut « être supprimée le jour où l'enfant a des ressources personnelles suffisantes eu égard à sa position sociale ».

Il va de soi que la modification survenue dans l'état de fortune des parties doit être assez notable, pour motiver une révision du jugement ; elle doit être telle que le tribunal, s'il avait eu connaissance de cette situation nouvelle au moment où il a rendu sa première décision, aurait sans aucun doute fixé d'une manière différente le taux de la pension (2). Ce sera tantôt à une augmentation, tantôt à une diminution du montant de la pension alimentaire qu'on aboutira. La première hypothèse se réalisera, si la situation de fortune du père s'améliore, par suite d'héritage ou d'économies réalisées, ou au contraire si celle de la mère devient pire et s'aggrave. Inversement, quand la fortune du père s'amoindrit, par suite de perte d'argent, de diminution de capacité de travail, d'accroissement de charges de famille, celui-ci peut demander au juge que le taux de la pension alimentaire soit abaissé (3). Il en sera de même, au cas où l'enfant aurait acquis, à la suite d'héritage, de libéralités, ou par son travail personnel, quelque source de revenus. Si même ses biens étaient suffisants pour permettre à l'enfant de vivre par ses seuls moyens, le père pourrait être totalement dégrevé. Il est à peine besoin de faire remarquer que le juge doit se montrer très circonspect pour accorder au père naturel une telle faveur :

(1) Cf. art. 6 de la loi norvégienne *précit.*

(2) Egger, ad art. 320, note 1. — Curti Forrer, ad art. 320, note 3.

(3) Voy. Curti Forrer, ad art. 320, note 6.

il n'est jamais contraint d'ordonner la suppression de la pension. La pension *peut* être supprimée, dit l'art. 320 (1). Il devra s'assurer que l'enfant est *réellement* capable de s'entretenir lui-même, et dispose à cet effet de moyens pécuniaires largement suffisants (2). Le juge peut d'ailleurs contraindre le père à verser à nouveau la pension alimentaire, le jour où l'enfant tomberait dans le besoin (3). D'une façon générale, les modifications apportées au jugement sont elles-mêmes susceptibles d'être revisées dans l'avenir. Un simple renchérissement du taux de la vie peut suffire à motiver l'intervention du juge (4).

La demande de revision peut émaner du créancier ou du débiteur, du tuteur ou de la mère, même si celle-ci n'avait pas intenté le procès en recherche de paternité (5). Le juge compétent est celui du domicile de la partie demanderesse, ou à son défaut celui qui a rendu le premier jugement (6). C'est naturellement au demandeur, qu'incombe le soin de prouver que les circonstances se sont modifiées et nécessitent une revision du jugement. Le tribunal reste libre de décider, selon les espèces, du bien fondé de la requête, et de la mesure dans laquelle il convient de lui donner satisfaction (7-8).

(1) Voy. aussi art. 132^b C. civ. russe (loi 16 juin 1902).

(2) Egger, ad art. 320, note 1 b.

(3) Curti Forrer, ad art. 320, note 12.

(4) Link, *Deutsch Jur, Zeitung*, 1912, p. 274.

(5) Egger, ad art. 320, note 1 c.

(6) Curti Forrer, ad art. 320, note 13.

(7) Pour prévenir ces modifications à apporter aux jugements qui fixent le taux de la pension, les tribunaux usent fréquemment du moyen suivant : ils décident qu'à partir de tel âge, la pension alimentaire sera portée à un chiffre supérieur, les dépenses nécessitées par l'entretien et l'éducation de l'enfant devenant plus considérables. Ils divisent ainsi la vie de l'enfant en périodes, et ils étagent (abstufen) ils graduent la pension, selon les besoins du créancier. Voy. Staüdinger-Engelmann, ad art. 1710, note 1 b. — Petersen. *Zentralbl. f. Vormündschaftsw.*, II, p. 266 et suiv. — Egger, ad art., 320, note 2 b. — Comp. Rapport au Sénat belge, n° 106, p. 128. Voy. jugement du trib. civ. de Tournai du 23 juillet 1913. *Pas. belge*, 1914, 3, 11.

(8) Quand il est intervenu une transaction entre le père et l'en-

Il convient enfin de remarquer que le paiement n'est libératoire pour le père, que s'il a été effectué entre les mains du *représentant légal* de l'enfant ; en droit allemand, la mère, qui n'a que le soin de la personne de l'enfant, n'a aucun pouvoir à cet effet, à moins que la tutelle ne lui ait été confiée ; mais, en ce cas, elle n'agit pas en tant que mère, mais en tant que tutrice. Il en est de même en droit suisse, mais toutefois avec cette différence que la mère est susceptible d'être investie de la puissance paternelle. Sinon, c'est le tuteur de l'enfant, qui a qualité pour recevoir le paiement et en donner décharge. Ces précautions sont indispensables, car elles évitent que les rentes soient gaspillées ou détournées du véritable emploi auquel elles sont destinées.



Nous avons déjà dit, en étudiant les caractères généraux de la créance alimentaire des enfants illégitimes, qu'elle était *temporaire* et ne pouvait être réclamée que pendant un délai relativement court. En général, elle commence dès la naissance de l'enfant. Cependant, dans quelques législations cantonales de la Suisse, l'enfant reste à la charge de la mère pendant les premiers mois et même pendant les premières années de sa vie (1), ce système vient sans doute de ce que durant cette période, le nouveau-né tire sa nourriture exclusivement du sein de sa mère. L'enfant ne peut réclamer les frais d'entretien à son père que lorsqu'il a atteint un certain âge fixé par la loi.

L'obligation alimentaire, ayant pour but de procurer à l'enfant les ressources nécessaires à sa vie, doit normalement prendre fin, dès que l'enfant est en état de se suffire à lui-même. Tel est le principe. Mais comment déterminer

fant, la révision devient impossible, à moins que, par une clause expresse, les parties ne se soient réservé cette faculté. — Cu. ti Forrer, ad art. 320, note 14. — Egger, ad art. 320, note 2 c.

(1) L'enfant reste à la charge de la mère pendant les premiers 6 mois à Neuchâtel, C. civ., art. 250, 251 ; 1 an à Vaud (C. civ. art. 195), 2 ans dans le Valais (C. civ. art. 152) ; 4 ans à Fribourg., *lex cit.*, art. 32.

l'âge auquel l'enfant peut subvenir seul à ses propres besoins ? Sur ce point, comme sur tous ceux que nous avons étudiés relativement à l'obligation d'entretien, nous nous trouvons en présence de deux solutions possibles. Ou il faut laisser au juge le soin de décider, pour chaque espèce, l'époque à laquelle doit cesser le service de la pension ; ou bien il faut fixer, d'une manière uniforme, une date à partir de laquelle, dans tous les cas, l'enfant ne peut plus réclamer aucun secours à son père. Tandis que la première solution est généralement admise par le législateur moderne sur toutes les questions concernant la dette d'entretien, nous constatons au contraire que, sur ce point particulier, c'est à la seconde conception que vont toutes ses préférences. D'ailleurs, le premier système n'a jamais été consacré que dans de rares législations des cantons de la Suisse (1). Et cependant n'est-il pas le plus juste, ne permet-il pas d'adopter, dans chaque espèce, la solution conforme aux intérêts de l'enfant et du père ? Poser une limite d'âge invariable, c'est un moyen arbitraire et brutal de résoudre une question. En outre, si l'on songe que cette dette d'entretien est fondée sur un rapport de filiation, qui devrait durer aussi longtemps que vivent le père et l'enfant, cette solution paraît illogique. Il semble bien que les législateurs, qui ont adhéré à la conception germanique, ont commencé par poser un principe et ne s'en sont plus jamais souciés, quand il s'est agi de l'appliquer. Écoutons d'ailleurs le langage des rédacteurs des Motifs du Code civil allemand : « Les rapports entre le père et l'enfant na-
« turels, disent-ils, sont bien moins fréquents, moins étroits
« qu'entre le père et l'enfant légitimes, et une obligation
« d'entretien qui durerait toute la vie entraverait consi-
« dérablement la libre activité du père, au point de vue
« économique et social, et constituerait pour lui une
« charge écrasante » (2). Voilà donc l'unique raison de cette dérogation au droit commun. Il faut permettre au père naturel de se tirer à bon compte d'une fâcheuse aven-

(1) C. civ. du canton de Vaud, *loc. cit.*, Neuchâtel, *loc. cit.*

(2) *Motifs du C. C. all.*, IV, p. 895.

ture. C'est d'ailleurs là l'impression générale qui se dégage de l'étude de la conception germanique, sur le problème de la recherche de la paternité naturelle. Mais pourtant, n'est-ce pas le législateur lui-même qui a énoncé ce principe de justice et d'équité : « Wenn das uncheliche Kind « sich selbst unterhalten kann, soll es seinen Unterhalts- « anspruch verlieren ? » (1). N'eût-il pas été préférable d'édicter cette règle générale, plutôt que d'assigner une limite d'âge stupide et aveugle (2). Cette solution n'eût pas causé un bien grave préjudice au père, et elle eût au moins sauvegardé la vie et l'avenir de l'enfant. Si le juge est capable de déterminer pour chaque espèce le taux de la pension alimentaire, le mode de paiement, les échéances, pourquoi ne pourrait-il pas, dans chaque cas particulier, fixer selon les circonstances, la date de cessation de l'obligation d'entretien ?

Comme il fallait s'y attendre, les législateurs se sont trouvés fort embarrassés pour choisir la *limite d'âge* convenable. A quelle époque peut-on présumer qu'un enfant se suffit à lui-même ? La solution dépend de multiples facteurs, parmi lesquels il faut noter les aptitudes physiques et intellectuelles de l'enfant, la profession à laquelle il se destine, le milieu social, les conditions de vie, le taux des salaires, le rang social de l'individu, etc. (3). Aussi, voyons-

(1) *Motif du C. C. all.*, IV, p. 895.

(2) Voy. sur la limite d'âge adoptée par le C. civ., all., critiques dans Nagorski, *op. cit.*, p. 134. — Bulling, *op. cit.*, p. 27. — Endemann, II, p. 662. — Opet, *op. cit.*, § 37, p. 383, 1^a. — Poetzsch., *op. cit.*, p. 74-75.

(3) Les législations appartenant au groupe germanique, qui n'assignent aucune limite à la durée de l'obligation alimentaire de l'enfant naturel sont très rares. On ne mentionne que l'Écosse (où la créance alimentaire peut durer toute la vie de l'enfant, suivant son état de santé et ses besoins) la Suède (Rikeslag de 1734) Zurich et le groupe zurichois où il est seulement déclaré, qu'à partir de l'âge de 12 ans l'enfant tombe à la charge exclusive du père qui assume toutes les charges d'entretien, d'éducation et de préparation à une profession. Voy. Huber. *System des schweiz Privatrechtes*, T. I, p. 539 seq.; enfin l'Autriche (C. civ. autr., art. 166).

nous la durée de l'obligation alimentaire varier entre 12 et 21 ans (1). La marge est grande.

A ce système rigide et aveugle, qui fait brusquement cesser à un âge fixe le service de la pension alimentaire, un tempérament était indispensable. Malheureusement, il

(1) La durée la plus courte de l'obligation alimentaire est de 12 ans ; (Bâle-Campagne E. G. O. art. 21. § 1). Elle est de 13 ans, dans la principauté de Reuss (branche cadette, loi du 26 octobre 1822, art. 13 et dans la législation anglaise où le juge peut la reculer jusqu'à 16 ans. (St. 7 et 8. Vict. c. 101, § 3). L'âge de 14 ans est généralement choisi par les législations des Etats particuliers de l'Allemagne. Dans les uns, cette limite est fatale, elle ne peut être reculée sous aucun prétexte (C. civ. saxon, art. 1862. Loi badoise 21 fév. 1851, art. 3 ; Meiningen, loi du 9 sept. 1844, art. 13 ; Cobourg, loi 23 juill. 1858, art. 5 ; Gotha, loi du 1^{er} juillet 1869, art. 4 ; Reuss (branche aînée) loi 4 janv. 1854, art. 7). Dans les autres, l'obligation alimentaire peut continuer au delà si à l'âge de 14 ans, l'enfant n'est pas en état de gagner sa vie (Land. pruss. II, 2, art. 633. Wurtemberg Landr. IV, 18 § 2 et loi du 5 sept. 1839, art. 28, n° 1 ; Anhalt, ordon. du 30 mai 1815, art. 21, 23 ; Sondershausen, *lex cit.*, art. 16, 18). Cette limite d'âge que l'on rencontre aussi en Hongrie, avait été adoptée par le 1^{er} projet de Code civil allemand (Voy. Motifs du C. C. all. IV, p. 895). — La loi norvégienne du 6 juillet 1892, art. 1 et 2, les législations de Weimar (loi du 13 avril 1829, art. 4) de Saint-Gall, *lex cit.*, art. 7 et de Schaffouse (P. G. art. 263) fixent l'âge de 15 ans. Le Code civ. allemand (art. 1708), les codes de Bâle-Ville (E. G. O. art. 92, 93), Argovie art. 241, Soleure art. 192 ont choisi la limite de 16 ans. Il convient de signaler la curieuse disposition de cette dernière législation qui fixe un âge différent pour les garçons (16 ans) et pour les filles (15 ans). A Berne (C. civ. art. 169), Lucerne, *lex cit.*, art. 9, 10, Obwald, *lex cit.*, art. 15, l'âge est de 17 ans. Il est de 18 au Danemark (loi du 27 mai 1908, art. 1), en Suisse (art. 319 C. C. S.), en Belgique (loi du 6 avril 1908, art. 340 b), à Fribourg (quand l'action a un caractère purement alimentaire (loi du 17 juin 1871, art. 57) ; 20 ans quand elle est une action en réclamation d'état (*lex cit.*, art. 32). Enfin la loi hollandaise du 16 novembre 1909, la loi russe de 1902 (art. 132.4), le Code civil chilien et le Code des Grisons ne font cesser l'obligation d'aliments de l'enfant naturel qu'à la majorité de ce dernier. Cette solution avait été primitivement admise par l'avant projet du C. C. suisse (art. 345, 2^e al.) et le projet du Conseil fédéral (art. 324, 2^e al.) ; elle a été abandonnée sur la proposition du Conseil National. Voy. *Bulletin* XV, p. 778. Il se dégage de ce tableau d'ensemble, cette idée très nette que les législations modernes ont tendance à reculer le plus possible la date de la cessation

n'est connu que par quelques rares législations. Dans le plus grand nombre, l'obligation d'entretien peut cesser avant la limite posée par la loi, quand il est prouvé que l'enfant se suffit déjà à lui-même ; mais elle ne peut, sous aucun prétexte, être prolongée au-delà. C'est un *maximum* qui est déterminé ; c'est une date *fatale*.

Au contraire, le législateur allemand, dérogeant à ses habitudes, s'est montré très libéral sur ce point en permettant à l'enfant naturel de réclamer à son père, dans certaines conditions, la continuation de la pension après seize ans. On ne saurait en effet, sans faire preuve d'une barbarie révoltante, laisser sans secours le malheureux être qu'une infirmité physique ou intellectuelle rend à jamais incapable de gagner sa vie. Les statistiques prouvent éloquemment que les dégénérés sont fort nombreux parmi les enfants naturels : issus d'alcooliques ou de débauchés, conçus par des mères qui ont souffert pendant le temps de la gestation, ou ont pratiqué sur elles d'infâmes manœuvres, ils naissent souvent atteints de tares graves ; ils sont estropiés, idiots, sourds-muets, aveugles. Mal soignés et livrés à eux-mêmes, ils deviennent rapidement rachitiques et tuberculeux ; mal surveillés, ils sont souvent victimes d'accidents. Telle est la triste vérité, et cependant, elle ne paraissait pas avoir ému les rédacteurs du premier projet de Code civil allemand. Ils étaient alors dominés par la crainte de rendre trop lourde la charge du père naturel, de mettre obstacle à son mariage ou de troubler la paix de la famille légitime (1). Tout en reconnaissant la valeur de ces considérations, la douzième Commission du Reichstag, après bien des résistances, ne put cependant se résoudre à consacrer cette criante injustice et à abandonner l'enfant infirme à la misère et à la douleur (2). Il eut fallu alors le confier à l'Assistance publique : mais c'est là une

de la pension alimentaire ; elle est ordinairement comprise entre 16 et 18 ans ; et cette dernière limite est fréquemment reculée jusqu'à la majorité.

(1) *Motifs du C. C. all.*, IV, p. 895.

(2) *Kom. Bericht.*, p. 160-162.

solution désespérée, qui serait de plus injuste, quand le père jouit d'une situation aisée.

Ainsi donc, le Code civil allemand dispose dans l'article 1708, 2^e alinéa que, lorsque l'enfant est, à l'époque de l'accomplissement de la seizième année par suite d'*infirmité corporelle ou mentale* (*körperliches oder geistiges Gebrechen*), hors d'état de s'entretenir lui-même, le père doit lui fournir l'entretien même au-delà de cette époque (1). C'est cette dette supplémentaire que la doctrine allemande appelle l'obligation alimentaire extraordinaire (*die ausserordentliche Unterhaltungspflicht*). Elle est régie par les mêmes règles que l'obligation ordinaire. Elle suppose établir la paternité du débiteur qui est tenu avant la mère et les parents maternels. Elle n'est pas saisissable, ni prescriptible ; elle est susceptible de transaction, elle passe aux héritiers qui peuvent user de l'*Abfindungsrecht*. Nous n'insistons pas.

Mais, sur deux points importants, les conditions, auxquelles est soumise l'obligation extraordinaire, diffèrent de celles que suppose l'obligation ordinaire. Normalement, la dette du père doit s'éteindre au moment où l'enfant atteint sa 16^e année ; ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles, qu'elle dure au delà de cette époque. Il est naturel que l'on exige la justification de ces circonstances. On peut donc dire sans viser au paradoxe, qu'avec le régime de l'obligation d'entretien extraordinaire, on déroge aux règles générales qui régissent les rapports du père et de l'enfant illégitime, et l'on revient au droit commun en matière de dette alimentaire. Aussi, le créancier a-t-il le devoir de prouver son besoin d'assistance (*Bedürftigkeit*) (2) et le débiteur, s'il veut s'exonérer de cette charge,

(1) Ce correctif intéressant est ignoré du C. C. suisse et de la loi belge. Cependant un membre de la commission sénatoriale belge avait proposé l'adoption d'une disposition semblable à celle de l'art. 1708 du C. C. all. ; elle fut repoussée par 3 voix contre 3. Voy. Sénat, Rapport, n^o 106, p. 128.

(2) Art. 1708, al. 3 du C. C. all., Cf. art. 1602.

doit démontrer qu'il n'est pas en état de la supporter (Leistungsunfähigkeit) (1).

Tandis que l'enfant naturel âgé de moins de 16 ans est en droit de réclamer des secours de son père, sans justifier d'aucun besoin, l'enfant qui a dépassé cet âge doit prouver qu'il est incapable de se suffire à lui-même par ses seuls moyens. Mais à la différence de l'enfant légitime, qui n'a qu'à invoquer l'insuffisance de ses ressources sans avoir à en indiquer la cause, l'enfant naturel n'obtient une pension alimentaire extraordinaire qu'au seul cas, où son incapacité de travail a pour origine une infirmité physique ou mentale. Mais qu'entend-t-on par ces mots ? La jurisprudence ne peut nous fournir aucun renseignement sur ce sujet, puisqu'elle n'a pu encore statuer sur l'application de cette disposition du Code civil allemand. Mais les auteurs décident généralement, que l'enfant peut faire valoir son droit avec succès quand il est estropié de naissance, ou à la suite d'accident, quand il est atteint d'idiotie, de cécité, de surdi-mutité, de paralysie générale. La faiblesse de constitution (übergrosse Schwächlichkeit) serait une raison suffisante, mais non pas une simple maladie passagère (2). Il est très difficile de trouver une formule générale qui puisse s'appliquer à tous les cas. Quelques auteurs s'y sont essayés. En voici une qui n'est pas parfaite, mais qui a l'avantage d'être conçue dans l'esprit de la loi : « Das Gesetz meint unter Gebrechen solche körperliche oder geistige Zustände, welche die Arbeits- und Erwerbsfähigkeit des Kindes gang ausschliessen oder so verringern dass das Kind sich nicht selbstständig unterhalten kann » (3). Il faut remarquer, que la cause de l'accident importe peu. Même si l'accident qui a blessé l'enfant est arrivé par sa propre faute, et même si celui-ci s'est volontairement mutilé lui-même ou l'a été sciemment par sa mère, le père n'en est pas moins tenu de lui servir

(1) Voy. art. 1603, al. 1 et 1708 du C. C. all.

(2) Pöetzsch, *op. cit.*, p. 76.

(3) Hirsch, *op. cit.*, p. 28.

une pension alimentaire au delà de 16 ans (1). Cette solution très regrettable n'a pas attiré l'attention des auteurs allemands; mais, peut-être, l'application prochaine de cette disposition leur révélera les graves dangers que présente l'article 1708, alinéa 2.

Pour que l'enfant puisse obtenir l'entretien extraordinaire, il est nécessaire que l'infirmité qu'il invoque existe déjà *le jour même* où il accomplit sa seizième année. Si elle ne l'atteint que plus tard, fût-ce même au lendemain de cette date, si même à cette époque certains symptômes non douteux permettent de pronostiquer une maladie grave, mais que cependant l'affection ne soit pas nettement déclarée, le droit de l'enfant est définitivement éteint et ne renaîtra jamais. Les auteurs s'accordent généralement à interpréter en ce sens la disposition de l'article 1708 (2). Bien qu'elle ne soit pas expressément formulée dans les motifs, cette opinion se dégage nettement, à leur avis, des termes mêmes du Code et des débats qui eurent lieu à ce sujet à la commission du Reichstag. Cette solution a certes l'avantage de libérer le père du souci d'être poursuivi à toute époque de sa vie, par un enfant naturel tombé dans le besoin. Mais elle est profondément injuste (3), car elle prive de tout secours l'enfant dont l'infirmité, par un hasard malheureux, s'est déclarée tardivement, alors que les considérations qui ont motivé la disposition de l'article 1708 militent avec la même puissance. Dans cette hypothèse, ainsi que dans celle que nous citons auparavant, la pratique, espérons-le, désillera les yeux du législateur et des commentateurs; ce sera en tous cas aux tribunaux qu'incombera la tâche délicate d'adopter des solutions équitables, qui concilieront le

(1) Planck, ad art. 1708, note 5 a. — Staudinger, ad art. 1708, 4 b. — Mantey, *op. cit.*, p. 32. — Roux, *op. cit.*, p. 116.

(2) Planck, *loc. cit.*, — Staudinger, *loc. cit.* — Endemann II, p. 662, note 15. — Opet, *op. cit.*, § 37 p. 383. — Eck, *Vorträge* II, p. 515. — Crome IV, § 618, p. 557. — Poetzsch, *op. cit.*, p. 77.

(3) Seul, Dernbürg critique cette solution; il la déclare contraire à l'esprit et au but de la loi. Dernbürg, T. IV, § 89, p. 289, note 16.

texte de la loi avec les intérêts bien compris de l'enfant naturel.

Enfin, l'infirmité physique ou mentale est en droit allemand la seule cause de prolongation du service de la pension alimentaire. Peut-être, aurait-on pu prévoir d'autres hypothèses, non moins intéressantes ? Ainsi, la loi norvégienne du 6 juillet 1892 dispose dans son article 2 que, même après que l'enfant a atteint sa quinzième année, le père peut être tenu de continuer l'entretien s'il en a les moyens, si l'enfant est faible de corps ou d'esprit, ou a besoin de compléter son instruction et que le père soit dans une situation l'obligeant à y contribuer. Cette disposition paraît à tous égards excellente.

L'obligation alimentaire extraordinaire supposant l'état d'*indigence* chez l'enfant, c'est à celui-ci qu'incombe la charge de démontrer, que les revenus de ses biens personnels et le produit de son travail ne lui procurent pas des ressources suffisantes pour vivre (1). Si l'infirmité de l'enfant est assez grave pour entraîner une complète incapacité de travail, le père doit lui fournir l'entretien total (2). Mais si l'incapacité n'est que partielle, le père ne fait que contribuer pour une quote part à l'entretien ; il n'est redevable que d'un supplément (Zuschuss) dont le montant est basé sur la diminution de puissance de travail causée par l'infirmité (3). Si même l'enfant a des biens personnels, il ne peut élever aucune réclamation, tant que son patrimoine n'a pas été épuisé (4), mais à ce moment, il pourra faire valoir son droit, puisqu'il n'est soumis à aucun délai, pourvu cependant, que l'existence de l'infirmité à l'âge de 16 ans soit nettement établie. L'entretien

(1) Opet, *op. cit.*, § 37, p. 383.

(2) L'entretien extraordinaire, comme l'ordinaire est proportionné à la situation sociale de la mère. Planck, ad art. 1708, 5 b. — Poetzsch, *op. cit.*, p. 79. — Hirsch, *op. cit.*, p. 29. — *Contra* Opet, *op. cit.*, § 37, p. 386.

(3) Planck, ad art. 1708 note 5 a.

(4) Planck, *loc. cit.*, — Poetzsch, *op. cit.*, p. 77. — Hirsh, *op. cit.*, p. 28. — Opet, *op. cit.*, § 37, p. 386, note 29.

a une durée illimitée ; il peut même se continuer pendant toute la vie du père. Si la santé de l'enfant s'améliore, la pension peut être réduite, ou même cesser totalement (1). Cependant, le droit de l'enfant renaîtrait, au cas où l'infirmité reparaîtrait (2).

Afin de ne pas rendre trop lourde pour le père, la charge de l'obligation alimentaire extraordinaire, le Code civil allemand l'a soumise à une deuxième condition, qui est la *capacité de fortune* du débiteur (*Leistungsfähigkeit*). L'article 1708, 2^e alinéa *in fine*, renvoie expressément à l'article 1603, qui constitue le droit commun en la matière. Tandis que le droit de l'enfant naturel à l'entretien ordinaire est indépendant de la situation de fortune du débiteur, celui-ci n'est pas tenu de l'obligation extraordinaire, quand, eu égard à ses autres obligations, il est hors d'état, sans mettre en danger son entretien conforme à son rang, de fournir la dette d'aliments (3). Le législateur a estimé, qu'il était déjà pénible pour le père de voir se prolonger une dette, dont il se croyait libéré ; on ne pouvait faire moins que l'assimiler au père légitime, qui doit assister, dans la mesure de ses moyens, les membres de sa famille, tombés dans le besoin (4). Si donc le père veut se soustraire à l'obligation d'entretien extraordinaire, il doit, d'après les moyens de preuve habituels, démontrer qu'il ne peut, sans compromettre sa situation personnelle, satisfaire à la réclamation de l'enfant (5). Ainsi, il sera totalement exonéré de la dette d'aliments, quand ses ressources ne lui permettront pas de fournir l'entretien de l'article

(1) Planck, ad art. 1708, note 5 c. — Poetzsch, *op. cit.*, p. 76.

(2) Staudinger, ad. art. 1708, note 4 b. — Planck, ad. art. 1708, note 5 a. — Endemann, II, p. 662, note 16.

(3) Art. 1708 C. c. all. al. 2 *in fine*; voy. art. 1603, al. 1^{er}.

(4) Haléwyck, *op. cit.*, p. 140. — Opet, *op. cit.*, § 37, p. 384. 1 b.

(5) Opet, *eod. loc.* — Planck, ad art. 1708, note 5 a. — Par entretien du père, il ne faut pas entendre seulement ce qui est strictement indispensable à son existence, mais tout ce qui est nécessaire pour vivre conformément à sa condition sociale (*standesmäßiger Unterhalt*). V. art. 1603, al. 1. — Planck, *eod. loc.*

1708, alinéa 2. Mais, remarquons que, de ce fait, le droit de l'enfant n'est pas définitivement éteint : il existe à l'état latent, prêt à entrer en action le jour où la situation de fortune du débiteur vient à s'améliorer (1). Il sort alors tous ses effets, et peut même être réclamé pour le passé (2).

L'entretien extraordinaire est soumis en général aux *mêmes* règles que l'entretien ordinaire (3) : il incombe en premier lieu au père et subsidiairement à la mère et aux parents maternels. Conforme à la situation sociale de la mère, il doit être acquitté en espèces. Il est transmissible aux héritiers du père, comme toute dette ordinaire de succession. Enfin il dure, tant que persiste la cause pour laquelle il est dû, c'est-à-dire l'infirmité de l'enfant.

Ainsi, cette disposition très heureuse du Code civil allemand atténuée, dans une certaine mesure, ce qu'il y avait d'arbitraire dans la fixation d'une date uniforme et fatale à laquelle on présume à priori que l'enfant est en état de se suffire à lui-même. Il est certainement très regrettable que des législations récentes, telles que la loi belge et en particulier le Code civil suisse, qui a donné tant de preuves d'humanité et de générosité, n'aient pas adopté sur ce point la solution allemande : elle était cependant le correctif indispensable du système (4). On a

(1) Poetzsch, *op. cit.*, p. 79.

(2) Planck, ad art. 1711, note 1.

(3) Cependant, à raison de l'application des art. 1603 et suiv. l'enfant n'est pas privilégié pour sa créance d'entretien extraordinaire, comme il l'est pour sa créance d'entretien ordinaire. Comme celle-ci est indépendante de la situation de fortune du débiteur et de ses charges, l'enfant naturel peut en réclamer le montant intégral, même si le père ne peut satisfaire aux besoins de sa famille légitime. Au contraire, quand il s'agit de l'entretien extraordinaire, les droits de l'enfant naturel et des enfants légitimes se limitent réciproquement. — Voy. Planck, ad art. 1709, note 4 et 5.

(4) Seule, la loi norvégienne de 1892 contient une disposition analogue à celle du C. c. all. — Voy. pour la Belgique et la Suisse note 1, page 514. — Cf. critique de la loi belge, par Galopin, *op. cit.*, n° 65, p. 47.

pris soin de prévoir le cas très rare, où l'enfant naturel pourrait, avant l'âge de 18 ans, subvenir à son entretien par ses seules ressources, et où par suite, le père serait dégreuvé de toute charge ; et l'on n'a point songé aux cas infiniment plus fréquents, où, à cet âge, l'enfant ne gagne pas un salaire suffisant, n'a pas terminé son apprentissage ou ses études, ou enfin est atteint d'une cruelle infirmité qui le met hors d'état de gagner sa vie ? Ces deux dispositions étaient parallèles ; elles se complétaient. On eût ainsi évité de condamner par la brusque cessation des secours à une inéluctable détresse, le malheureux être qu'une tare physique ou intellectuelle prive de toute capacité de travail, et qui peut-être a reçu de son père le triste héritage d'une maladie congénitale. Une telle situation est inhumaine, immorale, contraire à l'obligation naturelle, qui incombe aux êtres étroitement unis par les liens du sang de se prêter mutuellement secours et assistance, afin de conserver en eux une vie qu'ils tiennent les uns des autres. Il est probable, que dans les pays qui ignorent cette disposition, quelques cas particulièrement pénibles et odieux frapperont et soulèveront l'opinion publique, et qu'à la suite de ces événements, l'adoption d'un correctif apparaîtra comme absolument nécessaire.



Le Code civil allemand stipule expressément, que l'entretien peut aussi être réclamé pour le *passé* (art. 1711) (1). Il peut arriver en effet, que le père n'ait pas eu, en fait, de ressources suffisantes, pour payer les rentes, ou que le jugement de déclaration de paternité n'ait été rendu, à raison de diverses circonstances, que longtemps après la naissance de l'enfant ; le tuteur a le droit de réclamer tous les trimestres échus depuis cette date (2). Cette solution

(1) Voy. art. 132⁴ du C. civ. russe.

(2) On ne peut réclamer les rentes échues que dans la mesure où elles n'ont pas été prescrites (art. 194 : prescription de 4 ans) (1 an : C. civ. russe, art. 132⁴).

peut paraître étrange, car la pension alimentaire a pour but d'assurer l'existence immédiate du créancier, mais elle découle logiquement de la nature même de l'obligation alimentaire du père naturel, qui ne suppose pas l'état de besoin de l'enfant, mais trouve son unique fondement dans un rapport de filiation (1). On a fait remarquer avec justesse, que ce droit de réclamer les arrérages échus compensait dans une certaine mesure l'absence de droit de l'enfant naturel à la succession de son père ; la capitalisation des rentes non versées peut, en effet, constituer pour l'enfant un petit patrimoine (2).

Mais l'entretien peut aussi être réclamé pour l'*avenir*. En principe, le droit de l'enfant naturel de réclamer une pension ne peut être exercé qu'au moment de la naissance de l'enfant. Cependant, nous rencontrons dans le Code civil allemand et le Code civil suisse deux dispositions qui permettent à la mère de faire valoir le droit à l'entretien, dès avant la naissance de l'enfant. « Il peut être « ordonné, dit l'article 1716 du Code civil allemand sur « la demande de la mère, *dès avant la naissance de l'en-* « *fant*, par mesure provisoire (*durch einstweilige Verfü-* « *gung*) que le père devra payer aussitôt après la nais- « sance, à la mère ou au tuteur l'entretien qui doit être « fourni à l'enfant pendant les trois premiers mois, et « consigner en temps convenable, avant la naissance la « somme nécessaire. Pour que la mesure provisoire soit « rendue, il n'est pas nécessaire que l'on prouve qu'il y a « péril, quant au droit à faire valoir ». Et l'article 321 du Code civil suisse, visiblement inspiré de la législation allemande, consacre à peu de choses près la même solution : « Lorsque la paternité du défendeur paraît établie (glau-

(1) Cf. Opet, *op. cit.*, § 37, p. 386, 387 : « Die Erfüllung der Unterhaltungspflicht des außerehelichen Vaters, dient daher nicht notwendig der Existenzermöglichung des Unterhaltenen, ihre Rückstände tragen vielmehr den allgemeinen Charakter von Schuldrückständen, deren Nachforderung prinzipiell ebenfalls keinen Beschränkungen unterliegt ».

(2) *Motifs*, IV, p. 881. — Hirsch, *op. cit.*, p. 31, 36.

« bhaft gemacht), ce dernier peut, si la mère est dans le
 « besoin, être condamné, *avant le jugement*, à fournir des
 « sûretés pour les frais présumables de l'accouchement et
 « pour ceux de l'entretien de l'enfant pendant trois mois ;
 « il en est ainsi, même lorsque la preuve n'est pas faite
 « que les droits de la mère sont en péril ».

Ces mesures exceptionnelles ne sauraient se justifier au point de vue juridique. Il est de principe que l'exercice d'une action suppose l'existence d'un sujet investi de ce droit. Ces dispositions nous présentent cette anomalie d'un droit dépourvu de sujet (*subjektloses Recht*) (1). Mais peut-être a-t-on fait ici une application nouvelle de la maxime : « *Infans conceptus pro nato habitur quoties de commo-* »
 « *dis ejus agitur* ». D'autre part, le droit à l'entretien de l'enfant illégitime a pour base un rapport de filiation. Or ce rapport n'existe pas encore ; et il est difficile de le constater, de l'établir, puisque l'imprévisibilité du jour de la naissance ne permet pas de déterminer l'époque de la conception. Enfin, les droits de la défense ne sont-ils pas sacrifiés ? Est-il facile au défendeur, d'opposer avec succès l'*exceptio plurium*, à une époque, où l'on ne saurait limiter avec précision la durée probable de la conception ? La procédure sommaire, dont on fait usage en cette hypothèse, la simple vraisemblance de paternité dont on se contente, n'exposent-elles pas tout homme à être poursuivi et condamné à la légère ? Les législateurs allemand et suisse n'ont pas méconnu la valeur de ces objections (2) ; mais ils ont considéré, que les renseignements fournis par la mère éclaireraient suffisamment la religion du juge, que de l'état d'une grossesse déjà avancée, il est possible de

(1) Voy. Poetzsch, *op. cit.*, p. 95.

(2) Voy. *Protokolle*, p. 6228, 6232. — Peyer, *op. cit.*, p. 88. — Le premier projet de C. civ. all. ne connaissait pas cette disposition (*Motifs*, t. IV, p. 893) ; elle ne fut introduite qu'en deuxième lecture. — Le C. c. suisse a manifestement emprunté cette idée au C. c. all. (Voy. Egger ad art. 321, note 1) ; cependant, elle était déjà mentionnée dans l'ancien Landbûch de Nidwald et le C. c. des Grisons, art. 79.

tirer des déductions assez précises, qu'au reste le dommage pécuniaire causé au défendeur serait très minime. Ils ont surtout songé au dénûment, à la détresse dans laquelle se trouve souvent, au jour de l'accouchement, la mère naturelle. Or, la misère est mauvaise conseillère. De multiples dangers menacent la vie du nouveau-né ; c'est le manque de soin, la maladie ; c'est surtout le manque de ressources qui inspire parfois à la mère les plus sinistres projets, et peut la pousser à commettre, dans un moment d'affolement, le plus abominable des forfaits. Les soins qu'exige la vie fragile de l'enfant sont pressants, impérieux ; ils réclament une satisfaction immédiate et ne sauraient s'accommoder des lenteurs de la procédure (1). Il faut que, dès l'instant où l'enfant vient au monde, il soit à l'abri du besoin. Ces considérations puissantes ont prévalu, dans l'esprit du législateur, sur les inconvénients des mesures provisoires, et l'ont conduit à inscrire dans la loi ce qu'un auteur a appelé un « *non sens logique* » (2). Il a jugé avec raison, que cette disposition répondait à une nécessité, qu'elle était appelée à rendre de très précieux services et que, tout compte fait, elle offrait plus d'avantages que de dangers. L'expérience n'a fait que confirmer l'opinion du législateur (3).

Et cependant qu'est-ce donc que cette institution ? Est-ce bien une nouveauté ? Elle rappelle d'abord les vieilles procédures préliminaires et inquisitoriales des cantons suisses. Mais surtout, elle n'est que la reproduction de l'ancienne règle si décriée, si maudite de l'ancien droit français : *Virgini creditur...* qui réglait la question de provision. Et l'on trouve qu'en Allemagne, elle donne les meilleurs résultats. Il est vrai, que l'institution du Code civil allemand offre davantage de garanties. Mais il n'en reste pas moins, que cette apparente création du législateur moderne n'est que l'adaptation d'une vieille règle. Ainsi, le

(1) *Protokolle*, p. 6227 ; *Denkschrift*, p. 713. — Voy. Mohr, *op. cit.*, p. 109, 110.

(2) Opet, *op. cit.*, § 37, n° 15, p. 397.

(3) Cf. Haléwyck, *op. cit.*, p. 111.

droit évolue autour d'un très petit nombre d'idées, qui sont seulement présentées sous des formes différentes.

Ainsi, la mère naturelle peut s'adresser au tribunal compétent, celui qui connaîtra de la demande principale (1), pour demander qu'il ordonne, par mesure provisoire, au prétendu père, de fournir des sûretés (Sicherstellung). C'est donc la mère qui a, en ce cas, l'exercice de l'action ; en effet, il ne peut être question de nommer un tuteur, tant que l'enfant n'est pas encore né. La mère jouit, dans ce cas, d'un pouvoir exceptionnel de représentation, du moins en Allemagne, où d'ordinaire l'action ne lui appartient pas. Elle joue le rôle d'un *curator ventris* (2). Ce pouvoir peut certainement aussi être exercé par la mère, d'après le Code civil suisse. Mais on sait qu'un curateur doit être nommé par l'autorité tutélaire, afin de veiller aux intérêts les plus immédiats de l'enfant et de remplir, dans ce but, toutes les formalités nécessaires (3). Il peut être nommé, dès avant la naissance de l'enfant (art. 311 du Code civil suisse) ; il a donc le droit de réclamer l'obtention de sûretés. On prétend même, qu'en l'absence de toute demande, le juge pourrait ordonner d'office (4) la mesure provisoire de l'article 321. Cette intervention spontanée du tribunal est sans doute motivée par le désir très louable de sauvegarder la vie et la santé de l'enfant, mais elle offre l'inconvénient de permettre au juge de s'immiscer, de sa seule autorité, dans une affaire d'ordre privé, particulièrement délicate. D'ailleurs, il ne semble pas qu'on doive redouter l'inaction de la mère, qui a tout avantage à réclamer la mesure de l'article 321, ni celle du curateur, si celui-ci est un homme dévoué et conscient de la mission de confiance, dont il est chargé. N'est-ce pas, au contraire, l'affluence des demandes qui menace de constituer le danger ?

(1) Curti Forrer, ad art. 322, note 4.

(2) Scherer, ad art. 1716.

(3) Voy. notre chapitre sur la procédure.

(4) Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, p. 383. — *Contra* H. Robert, *op. cit.*, p. 306.

Conformément à la procédure habituelle employée pour obtenir l'octroi de mesures provisoires (art. 935-945 Code Proc. civil allemand) la demanderesse adresse au tribunal une requête écrite. Elle doit prouver qu'elle est enceinte et que sa grossesse est l'œuvre du défendeur ; elle doit indiquer également l'époque probable de l'accouchement ; à l'appui de cette dernière déclaration, elle peut produire l'avis d'un médecin ou d'une sage-femme (1). Quant à la cohabitation, elle peut être prouvée par toutes les voies ordinaires de droit, lettres, témoignages, serment. Cependant, ce dernier mode de preuve est remplacé, en droit allemand, par une déclaration solennelle (*Versicherung an Eidesstatt*), littéralement déclaration à la place du serment. Jusqu'en 1900, la prestation de serment était précisément le mode le plus usité pour établir la vraisemblance d'un fait. Une loi du 17 mai 1898 (révisant le Code de proc. civ. et entrant en vigueur le 1^{er} janvier 1900) a aboli l'usage du serment en cette hypothèse, et l'a remplacé par l'affirmation solennelle. (*Versicherung an Eidesstatt*) (2). Le Code civil suisse ne contient aucune disposition de ce genre ; d'ailleurs, sur ce point qui est plutôt une question de procédure, il s'en remet, dans les limites de l'article 310, 2^e alinéa, aux lois cantonales (3) : celles-ci sont donc libres de conserver ou d'édicter telles mesures qui leur sembleront utiles. Elles pourront et devront même organiser une procédure rapide et simple, si elles veulent servir le but que s'est proposé le législateur fédéral en écrivant l'article 321 du Code civil suisse (4).

Il va de soi, que la femme n'a pas à apporter la preuve

(1) Planck, ad art. 1716, note 2 c. — Egger, ad art. 321, note 2 a.

(2) Art. 294 C. p. c. all.

(3) Egger, ad art. 321, note 3 c. ; cf. art. 310 C. c. s. Bâle-Ville prévoit en détail cette procédure. C'est au président du tribunal civil, siégeant comme juge unique, que la mère doit s'adresser ; il confronte les deux parties. S'il ordonne la prestation de sûretés, il assigne un certain délai, dans lequel doit être introduite l'action en paternité.

; (4) Peyer, *op. cit.*, p. 90.

absolue de la paternité du défendeur ; elle doit seulement la rendre *plausible, vraisemblable* (*glaublich machen*) (1). D'ailleurs, il est impossible de déterminer avec précision, avant la naissance de l'enfant, la date exacte de la conception et de prévoir l'époque de l'accouchement. C'est au juge qu'il appartient de rapprocher les dates indiquées, de comparer, de critiquer les faits allégués, de décider de la vraisemblance ou de l'impossibilité de la paternité du défendeur. Quant à celui-ci, il peut invoquer *l'exceptio plurium* (2), à condition cependant, qu'il y ait lieu à débat oral ; en effet, en cas d'urgence, le tribunal peut statuer de suite, sans même faire comparaître et interroger l'individu désigné par la demanderesse, comme étant le père de l'enfant. Mais le défendeur a, dans ce cas, le droit de former opposition (3). S'il invoque une exception, il doit la rendre vraisemblable par les mêmes moyens de preuve, dont s'est servie la demanderesse, témoignage, déclaration solennelle (4). Mais il est certain que, dans cette hypothèse, la situation du défendeur est singulièrement aggravée. L'indétermination de la durée de la grossesse rend plus difficile la preuve de *l'exceptio plurium* et son succès plus douteux.

D'après le Code civil allemand, il n'est pas nécessaire, pour justifier la mesure provisoire, de démontrer que la mère est dans le besoin. Il y eût eu là une cause de retard dans la procédure. Par contre, cette condition est exigée par l'article 321 du Code civil suisse. Elle a été introduite dans la loi par le Conseil des Etats (5). Elle fut accordée, à titre de concession, aux adversaires de l'institution des mesures provisoires et permit l'adoption définitive de cette

(1) Planck, ad art. 1716, note 2 c. — Opet, *op. cit.*, § 37, p. 397. — Poetzsch, *op. cit.*, p. 97. — Egger, ad art. 321, note 2 a.

(2) Planck, ad art. 1716, note 2 d. — Opet *op. cit.*, § 37, p. 398. — Mais cf. Curti Forrer, ad art. 321.

(3) Cf. art. 924, 936 C. proc. civ. — Sur la procédure, voy. Fraenkel, *op. cit.*, p. 180. — Mantey, *op. cit.*, p. 75.

(4) Haléwyck, *op. cit.*, p. 113.

(5) *Bulletin*, XV, p. 1214.

disposition (1). Mais elle est généralement très critiquée par les auteurs ; cette exigence, disent-ils, détruit tout ce qu'il y a de généreux dans la mesure prescrite par l'article 321 ; elle rend le droit de la mère aléatoire et le suspend au bon plaisir du juge (2). On a prétendu (3) que l'état de besoin de la mère devait être seulement rendu vraisemblable, ainsi que tous les faits mentionnés par l'article 321. Mais on ne voit guère ce que cela pourrait signifier. Il semble bien que, seule, la preuve certaine de la misère de la mère est concluante.

Par contre, les deux législations s'accordent à décider qu'il n'est pas besoin que le droit de l'enfant soit en péril (4) pour être admis à réclamer des mesures provisoires (art. 1716, al. 2, C. c. all., art. 321, C. civil suisse). Le but de ces dispositions serait complètement manqué, si le procès traînait en longueur. C'est précisément parce que la situation de l'enfant et de la mère réclame des secours immédiats, que des mesures exceptionnelles ont été prises en sa faveur.

L'effet de ces mesures provisoires consiste dans la *consignation* des frais d'accouchement et des dépenses que nécessitera l'entretien du nouveau-né, pendant les trois premiers mois de sa vie. Le Code civil allemand protège plus efficacement les droits de l'enfant. Il ordonne, en effet, que la somme soit versée en espèces (*in barem Geld*) dans une caisse publique de consignation, et cela, dans un délai

(1) *Bulletin*, XV, p. 1211.

(2) Voy. Peyer, *op. cit.*, p. 88. Il n'est cependant pas indispensable que la mère soit dans le plus grand dénuement. — Curti Forrer, ad art. 321, note 2. — Egger, ad art. 321, note 2 b.

(3) Egger, *loc. cit.*

(4) Il est donc inutile de prouver que le défendeur prend la fuite, cache ses biens, se fait saisir par des tiers. C'est précisément la différence qui existe entre la consignation des art. 1716 C. c. all. et 321 C. c. s., et le séquestre. — Egger, ad art. 321, note 2 c. — Curti Forrer, ad art. 321, note 8. — Opet, *op. cit.*, § 37, n° 15, p. 397. — Comp. art. 935 C. proc. civ. all. et 271 de la loi suisse sur les poursuites. — Il n'est pas davantage nécessaire que la demande sur le fond ait été déjà introduite.

convenable, avant la naissance (*angemessene Zeit*) (1) ; c'est le tribunal qui fixe le délai (généralement 4 mois), ainsi que le lieu, où doit être fait le dépôt (2). Dès le jour de la naissance de l'enfant, la somme sera payée à la mère ou au tuteur (art. 1716 C. C. all.). Ainsi l'enfant reçoit des secours immédiats, particulièrement nécessaires à cette époque de la vie. Le Code civil suisse ne parle que d'une prestation de sûretés (*sicherstellen*) (3). Elle se fait, d'ailleurs, le plus ordinairement, par une consignation ; mais la somme ne sera versée à la mère que le jour du prononcé du jugement définitif de paternité (4). La femme n'a ainsi, qu'un droit de gage sur l'argent consigné (5). On peut être surpris de cette solution du Code civil suisse qui n'accorde, à la mère, dénuée de ressources, qu'un droit purement théorique sur des sommes qu'elle ne peut toucher que tardivement. Cependant, il faut reconnaître que cette mesure peut permettre à la mère de jouir d'un certain crédit, auprès des établissements d'assistance (*Armenverband*) et d'obtenir ainsi les avances qui lui sont nécessaires (6). Malgré tout, on peut regretter ce détour imaginé par le Code civil suisse (7). N'eût-il pas mieux valu, à l'instar du Code civil allemand, ordonner le paiement direct des sommes à la mère ou au tuteur, dès le jour de la naissance, plutôt que de la contraindre à faire une démarche humiliante et parfois vaine.

(1) Art. 1716, al. 1, C. c. all.

(2) Planck, ad 1716, note 4. — Poetzsch, *op. cit.*, p. 97.

(3) Art. 321 C. c. s. — Cf. Egger, ad art. 321, note 3 *b*. — Peyer, *op. cit.*, p. 89. — Si le défendeur n'obtempère pas à la décision du juge, la mère peut poursuivre le père afin d'obtenir des sûretés. Mais elle ne peut avoir recours à des menaces de peines pécuniaires (amendes) ni à des peines privatives de la liberté. — Curti Forrer, ad art. 321, note 11.

(4) Curti Forrer, ad art. 321, note 14. — Peyer, *op. cit.*, p. 88. — Mohr, *op. cit.*, p. 111.

(5) Egger, ad art. 321, note 3 *b*.

(6) Peyer, *op. cit.*, p. 88. — Curti Forrer, ad art. 321, note 14. — Egger, ad art. 321, note 1.

(7) Voy. Mohr, *op. cit.*, p. 111.

Mais qu'arrivera-t-il, si, au cours du procès principal portant sur le fond, on s'aperçoit que la demande de la mère était mal fondée, et que le défendeur ne peut-être le père de l'enfant ? Il est certain que l'homme condamné à tort a le droit de réclamer la restitution de la somme consignée, et même d'intenter contre la mère une action en dommages-intérêts, en réparation du préjudice pécuniaire et moral qu'elle lui a causé (1). Mais un tel remède serait impuissant à prévenir les tentatives de chantage, car il ne sert de rien d'édicter des amendes ou de requérir une condamnation à des dommages intérêts, contre des femmes qui n'ont généralement pas de ressources. Seules, les sanctions pénales seraient de nature à les effrayer et à les retenir.

Quant à la *nature juridique* de ce versement provisionnel, elle est très discutée en doctrine. Les uns y voient une prestation de sûreté (2), le tiers désigné par le juge pour recevoir les fonds serait une sorte de séquestre qui détendrait les valeurs au lieu et place du débiteur et pour le compte du créancier ; celui-ci n'aurait sur elles qu'un droit de gage (Pfandrecht). Cette conception correspondrait assez bien à l'institution de l'article 321 du Code civil suisse, qui est désignée sous le nom de *Sicherstellung* ; on appliquerait donc les articles 920 du Code civil suisse et 323 du Code civil allemand. Cependant ce ne serait pas un véritable séquestre, puisque celui-ci ne peut être nommé que si les droits du créancier sont en péril (art. 271 de la loi sur les poursuites). Or, c'est une condition que n'exigent ni l'article 1716 du Code civil allemand, ni l'article 321 du Code civil suisse. D'autres auteurs (3) repoussant cette interprétation, assimilent ce cas à celui d'un débiteur qui consigne le montant de la créance pour le créancier, lorsque celui-ci est en demeure d'accepter (*im Verzùg der Annahme*) (4). Certains considèrent qu'il y a seulement lieu

(1) Opet, *op. cit.*, § 37, n° 15, p. 398.

(2) Endemann, ad art. 1716. — Egger, ad art. 321, note 3 b.

(3) Hirsch, *op. cit.*, p. 62. — Fraenkel, *op. cit.*, p. 180.

(4) Voy. art. 372 C. c. all.

à une sorte d'apurement de compte à la suite d'un contrat de dépôt, fait au profit de l'enfant (Abschluss eines Verwahrungsvertrages) (1). Enfin, la majorité des auteurs estiment, avec raison semble-t-il, que la consignation ordonnée par les articles 1716 du Code civil allemand et 321 du Code civil suisse constituent une institution originale (*ein selbstständiges Rechtsinstitut*) (2); en conséquences, aucun des articles du Code civil et du Code de procédure civile, relatifs à la consignation, ne seraient applicables à cette matière; il faut chercher seulement dans les textes où elle est organisée, les règles spéciales à cette mesure d'exception.

Nous avons été frappés, en étudiant cette curieuse disposition du droit allemand et du droit suisse, de l'analogie qu'elle présente avec la règle célèbre de l'ancien droit français : *Virgini creditur...* (3). L'une et l'autre tendent au même but, sont inspirées par un même esprit; l'une et l'autre distinguent, dans le procès en paternité deux phases successives: le débat sur la question de provision et le débat sur le fond. L'une et l'autre, issues d'une pensée généreuse, présentent les mêmes dangers; elles peuvent constituer un redoutable instrument de chantage et donner lieu aux plus graves abus. Mais tandis que, dans l'ancien droit français, on condamnait sans débat, sans examen de l'affaire, sur le seul vu de la plainte, l'homme qu'une fille affirmait être l'auteur de sa grossesse, sans apporter aucune preuve à l'appui de ses dires, la mesure provisoire des articles 1716 du Code civil allemand et 321 du Code civil suisse ne peut être ordonnée que si la mère établit, avec un degré suffisant de vraisemblance, la réalité de son affirmation. Les magistrats jouissent, à cet égard,

(1) Cf. Böhm, *op. cit.*, p. 188. — Hachenbürg, *op. cit.*, p. 69. — Opet, *op. cit.*, § 37, p. 397, note 71.

(2) Planck, ad art. 1716, note 3. — Poetzsch, *op. cit.*, p. 98. — Peyer, *op. cit.*, p. 90. — Cf. déclarations de MM. Wirz et Brenner au Conseil des Etats. *Bulletin*, 1905, XV, p. 1213, 1214.

(3) Même remarque dans Peyer, *op. cit.*, p. 89 et Mohr, *op. cit.*, p. 110, note 3.

d'un libre pouvoir d'appréciation ; ils apprécient souverainement les circonstances de la cause et décident du mode et de l'importance des sûretés à fournir (1). Il va sans dire qu'ils doivent se montrer très circonspects et s'entourer de toutes les garanties désirables. C'est à cette seule condition que l'institution généreuse des législations allemande et suisse ne soulèvera pas les critiques violentes qui ont jadis discrédité la maxime de l'ancien droit français. Le sort de cette disposition est tout entier dans la main des juges, et dépend de l'application prudente qui en est faite. Il paraît d'ailleurs que, depuis la promulgation du Code civil allemand, malgré le large usage qui en est fait, elle ne provoque aucune réclamation dans les pays rhénans (2).



Il convient enfin d'étudier avec soin l'une des conséquences les plus curieuses du système germanique. Les rapports entre le père naturel et l'enfant sont fondés sur le lien de famille qui les unit ; mais ils s'épuisent en une simple créance d'aliments, qui présente, en fait, un caractère purement pécuniaire. L'enfant illégitime et son père ne sont pas parents, d'après le législateur germanique ; ils sont, l'un, vis-à-vis de l'autre, dans la situation respective d'un créancier et d'un débiteur. Pourquoi, dès lors, ne pas autoriser, pour la dette alimentaire comme pour toutes les affaires d'ordre financier, les arrangements amiables, les transactions entre parties ? Mais, non seulement ces contrats sont possibles et licites, mais ils peuvent être valablement conclus *en l'absence de toute autorité judiciaire, de tout jugement*. Et, ainsi, tandis que dans le système latin, la filiation ne peut être établie qu'à l'aide d'un acte authentique ou d'une décision de justice, elle peut résulter, d'après les législations germaniques, d'un *simple contrat privé*, dépourvu de forme et de solennité. La conséquence

(1) Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, p. 383.

(2) Voy. Haléwyck, *op. cit.*, p. 111.

est curieuse et mérite d'être signalée. Etant donné le caractère de l'action, on comprend sans peine qu'un arrangement puisse être conclu devant le juge : il a alors le caractère d'un contrat judiciaire, et a la même valeur qu'un jugement. Mais l'intervention du juge est encore dans ce cas nécessaire, et certaines législations, telles que celles du groupe zurichois (1), considéraient qu'une décision de justice était le fondement indispensable de l'obligation alimentaire ; sinon le contrat manque de base légale. Or, on admet parfaitement aujourd'hui, dans les pays germaniques, que la paternité peut être réellement établie à l'aide d'un contrat *extrajudiciaire* (*aussergerichtlicher Vertrag*) ; et l'on justifie cette solution grâce au raisonnement suivant : le père est tenu, en vertu d'une obligation naturelle (Naturalobligation) de nourrir et d'élever son enfant ; ce dernier ne peut alors réclamer l'exécution de cette obligation morale ; mais si les parties reconnaissent, dans un acte écrit, l'existence de cette obligation naturelle, alors il s'opère une novation, la dette se transforme en dette civile, le droit de l'enfant est sanctionné, et il peut être exercé (2). Rappelons que c'est grâce à ce même raisonnement que la jurisprudence française validait les promesses faites par le père de nourrir et d'entretenir son enfant. Il est vrai qu'elle prenait bien soin de laisser entière la question de filiation. Mais il n'est pas moins intéressant de constater ce rapprochement singulier entre la jurisprudence française et les législations germaniques et il faut reconnaître qu'au moins sur ce sujet relatif à l'obligation alimentaire de l'enfant naturel, elles se sont bien involontairement rencontrées.

La question de droit étant ainsi réglée, voyons les faits. Ces arrangements amiables entre parties présentent l'avantage de concilier admirablement les intérêts de l'enfant et ceux du père. Il en est particulièrement ainsi quand, à la suite d'une transaction, les parties décident de remplacer la rente alimentaire par un capital versé une fois pour

(1) Voy. Zürich. Rechtspfleg. Ges. art. 363.

(2) Cf. Peyer, *op. cit.*, p. 145.

toutes. L'enfant, assisté de son tuteur, est dès lors assuré d'un secours certain, quand l'issue du procès est douteuse, ou que des revers de fortune rendent le père insolvable. Sans doute, la ruine de celui-ci ne prive pas l'enfant de son droit à l'entretien, mais ce droit devient illusoire. Dans tous ces cas, il est avantageux pour l'enfant de toucher un capital qui le met à l'abri de tout danger. D'autre part, le père trouve intérêt à transiger avec l'enfant ; l'abandon d'un capital lui permet de cesser toutes relations avec celui-ci ; il y a là, pour un homme marié, un moyen précieux d'épargner à sa famille les inévitables froissements que causerait le versement périodique d'une rente à un enfant naturel. Il libère également le jeune homme de toute attache fâcheuse (ün^{er}quicklich) et lui permet de contracter mariage et de se consacrer tout entier à sa femme et à ses enfants légitimes (1). Enfin, le père peut ainsi faire table rase du passé, laisser à ses héritiers une situation nette et franche, les délier de toute obligation vis-à-vis de l'enfant naturel. Il y trouve aussi l'occasion de régler sans bruit une affaire délicate, et, de fait, l'on constate que cette faculté de transiger réduit considérablement le nombre des procès en recherche de paternité et provoque d'heureux arrangements amiables (2).

En présence de tels avantages, le législateur germanique n'a pas hésité à consacrer cette faculté de transiger, que connaissaient déjà un grand nombre de législations des Etats particuliers de l'Allemagne et des cantons suisses (3). Ce contrat n'est soumis à aucune forme spéciale. Il est régi par les règles du *droit commun*, relatives aux contrats et déclarations de volonté (Verträge und Willenserklärungen) (4). Ainsi, la convention peut être annulée pour cause d'erreur, de dol ou de violence (5). Mais toutes les sortes d'erreur ne sont pas également admises : une erreur por-

(1) *Motifs du C. civ. all.*, IV, p. 905, 906.

(2) Cf. Haléwyck, *op. cit.*, p. 117 et 206. — Poetzsch, *op. cit.* p. 88.

(3) Voy. en particulier le Code civ. des Grisons, art. 71.

(4) Art. 116 à 157 C. c. all.; 16 et suiv. du C. des obligations.

(5) Art. 119, 123 C. civ. all. — Poetzsch, *op. cit.*, p. 85. — Planck,

tant sur le montant des prestations alimentaires ne suffirait pas à vicier le contrat (1). Celui-ci peut aussi être annulé, dans le cas où il renferme une condition immorale (unsittlich) (2) ; cependant, on considère généralement comme valable et licite, la convention par laquelle la mère s'engage à ne point révéler le nom du père illégitime (*Schweigvertrag*) (3). Et pourtant, on peut craindre que de tels accords secrets ne portent préjudice aux intérêts de l'enfant ; le père n'a-t-il pas abusé de la faiblesse, de l'ignorance ou de la passion de la mère ? Aussi doit-on tenir, en principe, pour nul et non avenu, le contrat intervenu directement entre les parents naturels. Pour qu'il soit valable aux yeux du législateur allemand en particulier, il faut qu'il soit débattu entre le père naturel et le représentant légal du mineur, c'est-à-dire son tuteur. Il est, de plus, indispensable, aux termes de l'article 1714,

ad art. 1714, note 5. — Art. 27, al. 2 C. oblig. — Peyer, *op. cit.*, p. 147. — Egger, ad art. 319, note 7 *b*.

(1) Egger, *loc. cit.*

(2) Schneider et Fick. *Commentaire*, ad art. 17 C. Oblig. et auteurs déjà cités. — Il ne semble pas que le promettant puisse attaquer avec succès le contrat transactionnel, en prétendant qu'il n'est pas le père de l'enfant, ou que la mère a cohabité avec d'autres, pendant la période légale de la conception. On doit considérer que l'aveu implicite contenu dans l'acte d'arrangement vaut renonciation au bénéfice de l'*exceptio plurium* (comp. art. 1718 C. c. all. sur la reconnaissance d'enfant). — Le droit d'attaquer le contrat est enfermé dans les mêmes délais que le droit d'intenter l'action en paternité. — Sur tous ces points, voy. Peyer, *op. cit.*, p. 146 et suiv.

(3) Voy. Planck, ad art. 1717, note 10. — Derburg, § 89, p. 290, note 18. — Egger, ad art. 319, note 7 *d*. — Peyer, *op. cit.*, p. 147. — *Rev. der Gerichtspraxis* 3, n° 147. — Ce contrat ne serait nul, qu'autant qu'il serait vicié par une condition immorale, telle que celle de faire des déclarations mensongères, ou de commettre un parjure (auteurs cités). Cette question se rattache d'ailleurs, à celle de savoir si la mère peut être considérée comme tenue de dévoiler le nom du père. Voy. sur ce dernier point très discuté, Planck ad art. 1717, note 8. — Dernburg, § 89, p. 285, note 3. — Peyer, *op. cit.*, p. 71. — Egger, ad art. 319, note 7 *d*. — *Deutsch. Jurist. Zeitung*, 1903, VIII, p. 398, 472, 570. — Von Liszt, *op. cit.*, p. 25 etc...

deuxième alinéa du Code civil allemand, que la convention ait été approuvée par le tribunal des tutelles. Celui-ci a le devoir de veiller aux intérêts de l'enfant et de le protéger contre les mauvais calculs et la fourberie de son père. L'autorisation du tribunal des tutelles est toujours exigée, quel que soit l'âge de l'enfant, qu'il s'agisse de l'obligation alimentaire ordinaire ou de l'obligation alimentaire extraordinaire (1). Peu importe que, dans ce dernier cas, l'enfant soit majeur ; on n'a point confiance dans son jeune âge, son inexpérience des affaires, son intelligence parfois obtuse (dans le cas de l'article 1708, al. 2). L'assistance d'un juge lui sera d'un précieux secours et constitue, pour lui, la meilleure des garanties. Le tribunal des tutelles jouit, à cet égard, d'un pouvoir souverain d'appréciation et de décision ; le père n'a aucun recours contre son refus. Par contre, le tuteur peut en appeler au tribunal régional d'une décision qu'il estime contraire aux intérêts de l'enfant.

En droit suisse, la transaction peut intervenir directement entre le père et la mère naturels, lorsque celle-ci est investie de la puissance paternelle (art. 324, al. 2). Mais, en fait, tout danger est écarté par la présence du curateur obligatoire de l'article 311 et par une disposition spéciale du Code civil suisse, que nous avons déjà rencontrée (2). « L'action, dit l'article 319, troisième alinéa, subsiste pour « l'enfant même après que la mère a transigé ou renoncé « à l'intenter, si elle l'a fait dans des conditions manifestement préjudiciables aux intérêts de l'enfant. » Ce dernier a, en quelque sorte, un droit de revision du contrat intervenu entre ses parents s'il se trouve lésé par cet accord, il a le pouvoir de le faire annuler.

La transaction peut intervenir à tout moment (3) au cours du procès en réclamation d'aliments, avant ce procès, avant même la naissance de l'enfant. En effet, nous avons vu qu'à cette époque la mère peut déjà faire valoir

1 (1) Comp. art. 21 loi norvégienne (1892), art. 132 C. civ. russe.

(2) Voy. notre travail, p. 349.

2 (3) Voy. Curti Forrer, ad art. 319, note 15.

le droit à l'entretien (art. 1716, C. civ. all., art. 321 C. c. S.); rien ne s'oppose à ce que, dès cette époque, un arrangement soit conclu (1). En ce cas, l'enfant est représenté en Allemagne par un curateur (Pfleger) désigné, à cet effet, par le juge des tutelles (2).

Il va de soi que ce contrat transactionnel doit être fait à titre *onéreux*. Le Code civil allemand prend soin de déclarer que toute renonciation gratuite à l'entretien pour l'avenir est nulle (art. 1714, al. 2.); elle ne deviendrait pas même valable si, dans la suite, le tribunal des tutelles donnait son consentement, car la nullité est absolue (absolute Nichtigkeit) (3). Au contraire, la renonciation est valable, quand elle porte sur des aliments échus; on a songé que celle-ci ne serait faite qu'après mûre réflexion; en tous cas, elle ne saurait nuire gravement aux intérêts de l'enfant. Cette renonciation reste soumise au droit commun; en particulier sa validité ne dépend point de l'approbation du tribunal des tutelles (4).

La transaction intervenue entre le père et le représentant légal de l'enfant peut porter sur les *objets les plus divers*. Elle peut d'abord concerner le montant de la rente, soit pour le fixer une première fois, soit pour modifier, augmenter ou diminuer le taux déterminé par le jugement (5). A la différence du jugement déclaratif de paternité, la transaction n'est pas susceptible de revision, lorsque les circonstances viennent à se modifier (6). En

(1) Planck, ad art. 1714, note 4. — Staüdinger-Engelmann, *idem*. — Crome, § 618, p. 559, note 28. — Mantey, *op. cit.*, p. 62. — Endemann, II, p. 607, note 46. — Hachenbürg, *op. cit.*, p. 68. — Opet, *op. cit.*, § 37, p. 389, note 41 *in fine*. Mais la naissance inopinée de jumeaux peut donner lieu à de graves difficultés; on décide généralement, dans ce cas, ainsi que dans celui où l'enfant est mort-né, que la transaction est nulle; on peut valablement prévoir dans le contrat le cas de naissance double (Mehrgebürt). — Voy. Planck, ad art. 1714, note 5. — Opet, *loc. cit.*

(2) Art. 1912 C. c. all.

(3) Poetzsch, *op. cit.*, p. 86. — Hirsch, *op. cit.*, p. 47.

(4) Arg. a contrario de l'art. 1714 1^{er} al.

(5) Voy. Poetzsch, *op. cit.*, p. 86.

(6) Staüdinger-Engelmann, ad art. 1714, note 7. — Egger, ad art

effet, elle a précisément pour but de régler définitivement les rapports entre le père et l'enfant naturel ; elle ne présenterait plus aucune utilité s'il était loisible aux parties de revenir sans cesse sur l'accord librement conclu. Il est vrai, qu'en fait, il est possible de se réserver cette faculté en insérant dans l'acte une clause expresse de revision (eine Klausel der Neubestimmung) (1). La transaction peut aussi porter sur le mode de paiement de la rente, sur les dates d'échéance. On peut également convenir que, contrairement à la règle générale, la rente sera payée en nature (2). Mais que dire d'une transaction, dans laquelle on déciderait que l'enfant serait élevé dans la maison du père ? Nous avons remarqué déjà que le législateur s'était d'ordinaire montré peu favorable à cette solution qui lui paraît pleine de périls pour l'enfant. Cependant, la plupart des auteurs allemands (3) admettent la validité de cette convention, car ils considèrent que l'article 1714 du Code civil allemand a été écrit surtout en faveur du père. En tous cas, il est nécessaire d'obtenir le consentement de la mère à laquelle appartient, à défaut de la puissance paternelle qui lui est refusée en Allemagne, le droit de

319 note 7 b. — Peyer, *op. cit.*, p. 148. — Une proposition déposée par M. Python au Conseil des Etats et tendant à conserver aux parties qui avaient transigé le droit de faire reviser le contrat, fut repoussée. Voy. *Bullet.* 1905, XV, p. 1216.

(1) Egger, Peyer, *loc. cit.*

(2) Planck, ad art. 1714, note 1. — Opet, *op. cit.*, § 37, n° 11, p. 389.

(3) Planck, *loc. cit.* — Opet, *loc. cit.* et note 43. — Hirsch, *op. cit.* p. 46. — Poetzsch, *op. cit.*, p. 85. — *Contra* Halfern. *Die Rechte der unehelichen Kinder*. Erlangen, 1898, p. 56. — Hachenburg, *op. cit.*, p. 49. Ce dernier auteur, s'appuyant sur le principe prohibitif de l'art. 1710, ne veut voir dans les mots : « Vereinbarung über den « Unterhalt für die Zukunft » que l'autorisation de payer la pension soit en *espèces*, soit en *valeurs*. — En Norvège et au Danemark, l'enfant reste en principe à la mère. Le père ne peut le réclamer que si la mère meurt, ou si elle ne prend pas soin de l'enfant ; mais le consentement de l'autorité tutélaire est indispensable (art. 22 de la loi norvégienne de 1892 ; art. 10 de la loi danoise du 27 mai 1908).

prendre soin de la personne de l'enfant (für die Person des Kindes zu sorgen), article 1707 du Code civil allemand. Enfin, il est nécessaire que le juge des tutelles acquiesce à une telle convention. Or, en pratique, il refuse généralement son autorisation dans cette hypothèse, car il craint que la proposition du père ne cache un mobile égoïste, tel que celui de réduire au minimum la pension de l'enfant ; et l'expérience lui a appris que l'enfant ainsi livré au père courait le risque d'être négligé, mal élevé et même brutalisé (1).

La transaction peut aussi avoir pour objet — et ce n'est point là sa moindre utilité — de fixer la somme que doit payer le père naturel à son enfant, afin de le désintéresser d'une manière définitive (*Abfindungssumme*) (2). Une fois ce capital versé, l'enfant ne peut plus rien réclamer à son père, même s'il se trouve un jour dans le besoin ; le père est désormais libéré de toute obligation envers son enfant (3). A la suite de cette convention, le droit de l'enfant s'éteint pour l'avenir ; en particulier les frais d'enterrement (*Beerdigungskosten*) n'incombent pas au père. Ainsi transformée en obligation contractuelle, l'obligation d'entretien passe sous cette forme à la charge des héritiers, comme une dette ordinaire de la succession. Ceux-ci sont tenus de payer la somme que s'était engagé de verser le père, si ce dernier meurt, avant de s'être acquitté de sa dette. Mais ils n'ont plus le droit de désintéresser l'enfant en lui offrant une part de la succession (4) conformément aux articles 1712 du Code civil allemand et 322 du Code civil suisse. Les rapports entre l'enfant, d'une part, le père et

(1) Voy. Föld. *Soziale Medizin und Hygiene*, 1906, t. I, p. 285. — Haléwyck, *op. cit.*, p. 118, 119.

(2) Voy. spécial. loi danoise du 27 mai 1908, art. 1^{er} *in fine*, art. 132^o du C. civ. russe.

(3) On estime cependant que la renonciation de l'enfant à la pension ne lui enlève pas le droit de réclamer l'obligation alimentaire extraordinaire de l'art. 1708, al. 2. — Voy. Planck, *ad ar.* 1714, note 5.

(4) Planck, *ad art.* 1712, note 14. — Opet, *op. cit.*, § 37, p. 394. — Peyer, *op. cit.*, p. 148. — Egger, *ad art.* 322, note 1 b.

les héritiers de celui-ci d'autre part, sont définitivement réglés par la convention transactionnelle. Quand un « abfindungsvertrag » a été conclu, la dette d'entretien n'incombe pas aux héritiers, à titre d'obligation légale, mais d'obligation contractuelle. Cette faculté, très avantageuse pour le père, de se libérer ainsi à jamais de toute obligation envers l'enfant, est très fréquemment exercée en Allemagne ; elle met fin à des situations pénibles et prévient de nombreux procès (1).



Etudions maintenant les principales causes d'extinction du droit à l'entretien de l'enfant naturel.

La *mort de l'enfant* met fin à l'obligation d'entretien. Le sujet disparaissant, le droit s'évanouit. Nous avons, d'ailleurs, déjà remarqué que l'exercice de l'action était réservé à l'enfant naturel et qu'il ne passait pas à ses héritiers et successeurs. Il en est l'unique bénéficiaire. A partir de la mort de l'enfant, le père n'est plus tenu de continuer le service de la pension. Mais les héritiers sont en

(1) Cf. Haléwyck, *op. cit.*, p. 52 et suiv. 117. Le chiffre de l'Abfindungssumme varie, selon les espèces et aussi selon les juges des tutelles. Ainsi à Cologne, la transaction n'obtient l'assentiment de l'autorité tutélaire, que si le capital offert par le père est d'au moins 3.000 marks. Dans le Grand Duché de Bade, on se contente d'une somme de 1.300 à 2.000 marks. On a même vu, à Strasbourg, le juge homologuer un arrangement portant sur une somme de 500 marks. Mais ces chiffres aussi minimes paraissent exceptionnels : à Charlottenburg près Berlin, les transactions ont pour objet le versement d'un capital variant entre 1.800, 2.000 et 2.500 marks. La somme, ainsi payée à la suite d'un arrangement est déposée à la caisse d'épargne, et le tuteur ne peut y faire les prélèvements nécessaires à l'entretien de l'enfant, qu'après avoir reçu l'autorisation spéciale et écrite du juge des tutelles. D'après le Code civil suisse, il appartient à l'autorité tutélaire de déterminer l'étendue des droits des parents naturels, investis de la puissance paternelle sur les biens de leurs enfants (art. 327 C. c. s.) ; elle peut donc prendre toutes les mesures nécessaires aux intérêts de l'enfant. (Tous ces renseignements sont puisés dans le rapport de M. Haléwyck, p. 123 et l'ouvrage de M. H. Robert, p. 367).

droit de réclamer au père toutes les prestations échues et non payées, ainsi que celles qui, devant être fournies à l'avance, sont échues à l'époque du décès de l'enfant (1). Ils peuvent également demander des dommages-intérêts (Schadenersatz) en réparation du préjudice causé à leur auteur par l'inexécution de l'obligation alimentaire. Par exemple, le tuteur ne pouvant obtenir du père le paiement de la rente, a dû emprunter de l'argent à de gros intérêts : le père doit restituer aux héritiers capital et intérêts (2). Enfin, d'après l'article 1713 du Code civil allemand tout trimestre commencé étant dû en entier, si l'enfant meurt au début du trimestre, la somme versée est acquise aux héritiers de celui-ci (3). Par contre, d'après le Code civil suisse, le montant des rentes payées à l'avance et non employées à l'époque du décès de l'enfant peut être revendiqué par le père, mais, dans la mesure seulement où elles constitueront pour les héritiers de l'enfant un enrichissement ou si ces derniers s'en sont frauduleusement dessaisi (4). Mais on ne saurait réclamer le remboursement quand les héritiers se sont servis du reliquat de la pension, pour acquitter les frais de maladie et d'enterrement de l'enfant (5). Il va de soi que les héritiers ont droit au capital consenti par le père, à titre transactionnel (Abfindungssumme) dès que l'accord a été homologué par le tribunal des tutelles, de même qu'à la part de succession remise par les héritiers du père : ces sommes font partie du patrimoine personnel de l'enfant (6). Les héritiers légaux ou testamentaires sont, en effet, tenus de l'obligation du *de cuius*, qui a moins le caractère d'une dette d'aliments que celui d'une charge ordinaire de la succession.

Si le droit à l'entretien s'éteint à la mort de l'enfant, par contre, il *survit à la mort du père* débiteur, de même que

(1) Art. 1713 du C. c. all.

(2) Poetzsch, *op. cit.* p. 90.

(3) Arg. de art. 1710, 3^e al. du C. c. all.

(4) C. des Oblig. art. 70 et suiv.

(5) Peyer, *op. cit.*, p. 124. — Egger, ad art. 322, note 1 a.

(6) Planck, ad art. 1712, note 9.

nous avons constaté que le droit d'intenter l'action, intransmissible activement, l'était passivement contre les héritiers du père. Ces deux séries de solutions sont rigoureusement parallèles. La dernière paraît cependant être dérogatoire au droit commun. En effet, la créance alimentaire prend ordinairement fin à la mort de celui qui en est tenu. Il en est ainsi de la dette d'aliments entre parents légitimes. En outre, l'obligation d'entretien de l'enfant naturel ayant pour base un rapport de filiation qui lie seulement l'enfant à son père et non à la famille de celui-ci, il semblerait logique que la rupture de ce rapport causée par la mort d'une des parties, entraînât l'extinction de la créance alimentaire. Comme le dit pittoresquement un auteur : « Hiermit erlischt die Quelle, aus der die Alimentation floss » (1). Mais le législateur n'a pas admis cette conclusion rigoureuse. Il a considéré qu'au cas où le père mourrait prématurément, quelquefois même avant la naissance de l'enfant, celui-ci serait privé de tout secours (2). On a, d'ailleurs, refusé à l'enfant naturel la plus petite part de la succession de son père ; il est nécessaire de lui accorder une compensation. Si la créance d'aliments de l'enfant légitime prend fin à la mort du père, il trouve du moins quelques ressources dans la succession paternelle. Enfin il fallait aussi éviter de faire tomber l'enfant naturel à la charge des établissements de bienfaisance (Armenverband), de l'Assistance publique ou des communes (3). Les principes les plus élémentaires de charité et de justice ne permettent pas qu'on laisse ainsi la vie d'un enfant exposée aux caprices du destin. D'ailleurs, il est peut-être possible de justifier cette solution au point de vue juridique. En effet, si l'on donne au jugement de paternité pour principal effet d'établir un lien de filiation naturelle entre le père et l'enfant, et que l'on considère cette dette d'entretien comme une simple conséquence dérivée de ce rapport de paternité, on ne peut refuser à l'enfant de

(1) Poetzsch, *op. cit.*, p. 90.

(2) *Motifs du C. c. all.*, t. IV, p. 902.

(3) *Motifs, loc. cit.*

poursuivre les représentants de son père et de leur demander des secours pécuniaires. Réduit-on, au contraire, les relations entre le père et l'enfant à la seule obligation alimentaire, celle-ci constitue une charge pour le patrimoine du père et comme toute dette de succession, elle incombe aux héritiers (1).

Pour toutes ces raisons, les législateurs n'hésitent pas à accorder à l'enfant le droit de réclamer aux héritiers de son père le paiement de sa pension alimentaire. Déjà consacrée par les anciennes législations des Etats particuliers de l'Allemagne et des cantons suisses (2), cette solution est affirmée, aujourd'hui, dans tous les pays appartenant au groupe germanique (3).

(1) Voy. Peyer, *op. cit.*, p. 124, 125.

(2) Voy. notre chapitre sur « la transmissibilité active et passive » de l'action en recherche de paternité ». — Mais si les législations cantonales s'accordaient généralement à permettre la transmission passive de l'action en paternité, elles étaient divisées sur la question de l'étendue de l'obligation d'entretien à l'égard des héritiers. Quelques cantons l'autorisaient, sans formuler aucune restriction. — Fribourg, *lex cit.*, art. 38 ; Grisons, C. civ. art. 70. D'autres posaient, comme condition, que le montant de la succession fût assez élevé pour permettre de pourvoir à l'entretien de l'enfant, et que la continuation du service de la pension n'apparaisse pas comme une charge trop lourde, dont il serait injuste de grever les héritiers légitimes. Zürich P. G., art. 695 ; Thurgovie P. G., art. 208 ; Zug P. G. art. 76 ; Schwyz, *lex cit.*, art. 32. Ailleurs, l'on assimile l'obligation de pourvoir à l'entretien de l'enfant naturel à une dette ordinaire de succession ; les héritiers en sont donc tenus ; mais si ce sont des descendants légitimes, ils ont le choix, ou de payer comme par le passé des rentes alimentaires, ou de permettre à l'enfant illégitime de venir, pour la même part qu'eux-mêmes, à la succession du père. Lucerne, *lex cit.*, art. 20 ; Obwald, *id.*, art. 27. C'est à ce dernier point de vue, que s'est placé le législateur fédéral.

(3) Voy. art. 1712 C. civ. all., art. 322 C. s. suisse, art. 18 loi norvégienne 1892, art. 3 loi danoise du 27 mai 1908. — Il convient d'ajouter à cette liste la disposition de l'art. 17 du projet italien Scialoja. Bien que, n'appartenant pas au groupe germanique, cette législation, si le projet est adopté, consacrera la solution des pays germaniques sur un point particulier. Il s'agit des enfants adultérins et incestueux, dont la reconnaissance est interdite. On sait que le projet leur accorde le droit de rechercher leur filiation, dans

L'article 1712 du Code civil allemand déclare expressément que « le droit à l'entretien ne s'éteint pas par le décès du père ». « Les droits accordés contre le père, dit l'article 322 du Code civil suisse, peuvent être exercés contre ses héritiers ». Et, faisant une application nouvelle du vieil adage : « *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* », on décide que même si le père est décédé avant la naissance, l'enfant acquiert et conserve contre les héritiers le droit à l'entretien (1).

Mais ces dispositions si favorables à l'enfant naturel, pouvaient, dans certains cas, porter un grave préjudice à la famille légitime et la grever d'une charge écrasante. Aussi a-t-on généralement apporté au principe de la transmissibilité un heureux tempérament. On accorde aux héritiers le droit de *désintéresser* l'enfant, par l'abandon d'un capital égal à la part de réserve (Pflichtteil, art. 1712 du Code civil allemand) (2) ou à la part de succession (Erbanteil, art. 322, al. 2 du Code civil suisse ; art. 18 de la loi norvégienne du 6 juillet 1892) qu'il aurait reçue s'il avait été légitime, ou enfant naturel reconnu, selon les législations. Cette faculté, accordée aux héritiers, est généralement connue, dans les pays germaniques, sous le nom de « Abfindungsrecht » (3). Cette institution a été l'objet

un certain nombre de cas déterminés (art. 8) ; mais ils ne peuvent jamais réclamer que des aliments. Or, ce droit, ils sont admis à l'exercer non seulement contre le père, mais contre les héritiers. L'enfant, dont la reconnaissance est interdite, dit l'art. 17, peut obtenir sur les biens de la succession de ses père et mère une allocation viagère. Au fond, c'est le système germanique qui, d'après le projet italien, est appliqué aux enfants adultérins et incestueux. Aussi, M. Scialoja accorde-t-il aux héritiers un droit d'option ; ils ont la faculté, ou de payer à l'enfant une rente de la quote-part à laquelle il aurait eu droit s'il avait été enfant naturel simple reconnu, ou de lui abandonner un usufruit correspondant sur les biens héréditaires, calculé en conformité de l'art. 849 C. civ. ital. Cette disposition curieuse du projet Scialoja méritait d'être signalée.

(1) Voy. *Motifs du C. c. all.*, IV, p. 904.

(2), Cette disposition ne figurait pas dans le premier projet. *Motifs, loc. cit.*

(3) Le terme « *Abfindung* » désigne aussi bien la convention par

de vives critiques. On a dit que la dette alimentaire était, comme toute autre, une charge de la succession ; par suite, elle incombait tout entière, même au-delà du montant de l'hérédité, aux héritiers et légataires universels. Pourquoi leur permettre de se soustraire à cette obligation par le paiement d'une somme qui peut être dérisoire ? (1). Mais ces auteurs ont oublié que, de sa nature, cette dette issue d'un rapport de parenté est intransmissible. Par faveur pour l'enfant naturel, le législateur l'a fait passer à la charge des héritiers ; il est équitable, qu'en retour, ceux-ci puissent alléger le fardeau qui leur est imposé. D'ailleurs, l'enfant naturel n'est guère autorisé à se plaindre, puisqu'on lui offre la part de succession qu'il aurait eue, s'il avait été appelé à la succession de son père (2).

On conçoit facilement l'énorme avantage que peut présenter, pour les héritiers, le droit de désintéresser l'enfant naturel. Ils ont d'abord un intérêt moral à rompre toutes relations avec lui par le versement, une fois pour toutes, d'un capital représentant sa part de succession, quand bien même ce geste leur coûterait un léger sacrifice d'argent. Une famille ne paie jamais trop cher le maintien de son union et de sa dignité. Et puis, il peut y avoir pour les héritiers un intérêt pécuniaire considérable à recourir à l'Abfindungsrecht. Quand l'enfant naturel est encore jeune et plein de santé et que, d'autre part, la succession est peu importante, le montant total des rentes que l'héritier aura à payer peut dépasser de beaucoup la somme représentée par la part de succession qu'il faudrait abandonner à l'enfant. Dans ce cas, l'héritier a tout avantage à prendre ce dernier parti, à moins cependant que l'enfant ne vienne à mourir prématurément ; en ce cas, le capital versé fait définitivement partie du patrimoine de celui-ci. Assurément, cette opération présente un caractère aléatoire.

laquelle le père s'engage à verser à l'enfant un capital à titre transactionnel, que l'acte de l'héritier, qui désintéresse l'enfant par le paiement de la réserve.

(1) Bulling, *op. cit.*, p. 31 à 33.

(2) Cf. Roux, *op. cit.*, p. 140. — *Protokolle*, p. 6217.

Ainsi, à la mort du père, l'héritier peut opter entre deux partis (1) ou continuer à servir à l'enfant naturel la pension alimentaire à laquelle était condamné le père ou bien désintéresser leur créancier en lui abandonnant une somme égale, selon les législations, au montant de la réserve ou de la part de succession qu'il aurait recueillie, s'il eût été légitime ou reconnu. Naturellement l'héritier optera pour la solution qui lui paraît être la plus avantageuse. On discute, en Suisse, la question de savoir si les héritiers ont, en toute hypothèse, le droit de désintéresser l'enfant naturel. Aucune disposition du Code civil suisse ne paraît s'y opposer. La controverse est née d'une déclaration faite par M. Gottofrey au Conseil national (2) ; ce dernier a semblé supposer que l'exercice de l'Abfindungsrecht était subordonné à la preuve, que le total des rentes alimentaires à servir fût supérieur à la part qu'aurait eue, s'il avait été reconnu, l'enfant naturel, dans la succession de son père, Naturellement, ce sera le cas normal, le cas où il y aura avantage pécuniaire à transiger. Mais, comme nous le disions plus haut, il peut aussi y avoir, pour la famille légitime, un intérêt moral à rompre toutes relations avec l'enfant naturel ; et elle n'hésiterait pas dans ce but à faire l'abandon d'une somme, la plupart du temps minime (3). D'ailleurs, l'article 322 du Code civil suisse constitue à la fois une faveur pour les héritiers et une garantie pour l'enfant naturel. Il a fixé le montant de la part de succession de l'enfant illégitime reconnu, comme limite minima de l'étendue de l'obligation d'entretien de l'héritier. Il n'a pas entendu interdire à celui-ci de faire l'abandon de cette somme, fût-elle supérieure au montant total des rentes à échoir, si, d'autre part, l'héritier trouve avantage à cette

(1) Ce droit de désintéresser l'enfant n'est d'ailleurs limité par aucun délai ni soumis à aucune prescription ; il peut être exercé, alors même que l'héritier a commencé à servir à l'enfant sa pension alimentaire. — Planck, ad art. 1712, note 10. — Opet, *op. cit.*, § 37, p. 394 et note 62.

(2) *Bulletin* XV, p. 787.

(3) H. Robert, *op. cit.*, p. 354, 355.

combinaison. Celui-ci est libre d'agir comme il lui plaît. D'ailleurs, les droits de l'enfant naturel ne sont pas sacrifiés dans cette hypothèse ; on lui offre plus qu'il ne lui est strictement dû.

Par contre, les héritiers sont dépourvus du droit de désintéresser l'enfant, quand une transaction sur l'obligation alimentaire est intervenue antérieurement entre le père et le représentant de l'enfant (1). Elle lie les héritiers. C'est alors une obligation contractuelle qui grève le patrimoine comme toute dette de succession. Il va de soi qu'une simple transaction sur le mode de paiement ou le montant de la rente ne priverait pas l'héritier de la faculté de désintéresser l'enfant. Ce droit n'est, d'ailleurs, limité par aucun délai, ni soumis à aucune prescription (art. 194) ; il peut être exercé alors même que les héritiers ont commencé à servir à l'enfant sa pension alimentaire.

Il convient maintenant d'expliquer, à l'aide d'exemples bien choisis, le mécanisme de ces dispositions originales du droit germanique. Nous raisonnerons sur les données de l'article 1712 du Code civil allemand ; mais on retrouve les mêmes principes dans toutes les législations similaires. Un homme laisse deux héritiers légitimes et un enfant illégitime. L'actif de la succession est de 3.000 marks. L'enfant naturel, qui est âgé de deux ans au moment de la mort de son père, reçoit une pension mensuelle de 20 marks. S'il vit jusqu'à sa seizième année, il lui sera ainsi payé $14 \times 240 = 3.360$ marks, somme supérieure au montant de l'hérédité. En ce cas, les héritiers n'hésiteront pas à abandonner à l'enfant un capital égal à la réserve qu'il aurait eue s'il était légitime. Cette réserve consiste dans la moitié de la valeur de la part héréditaire légale (art. 2303, al. 1, C. c. all.), soit $1.000 : 2 = 500$ marks. L'économie ainsi réalisée est notable ; elle se monte à $3.360 - 500 = 2.860$ marks (2).

(1) Egger, ad art. 322, note 1 b. — Planck, ad art. 1712, note 14. — Opet, *op. cit.*, § 37, p. 394.

(2) L'exemple est emprunté à Poetzsch, *op. cit.*, p. 92, 93.

S'il y a plusieurs enfants illégitimes, le désintéressement se fait comme s'ils étaient tous légitimes (1). Il serait, en effet, injuste qu'un des enfants naturels reçût une part de réserve calculée comme s'il était seul illégitime (2). En d'autres termes, on évalue le montant de l'Abfindungssumme, en faisant entrer en ligne de compte tous les enfants illégitimes, sans se soucier de savoir s'ils doivent être désintéressés ou non (3). Reprenons un instant l'exemple dont nous nous sommes déjà servi. Supposons que le père laisse deux enfants légitimes et deux illégitimes, ces derniers âgés respectivement de 3 et 5 ans. Ils ont droit chacun à une pension mensuelle de 20 marks. Les héritiers devraient payer à l'un $13 \times 240 = 3.120$ marks, et à l'autre, $11 \times 240 = 2.640$, soit une somme totale de 5.760 marks; or, par hypothèse, la succession ne contient que 4.000 marks. Les enfants légitimes ont donc tout intérêt à user de l'Abfindungsrecht. Selon les articles 1712, al. 2, et 2303 du Code civil allemand combinés, chaque enfant, considéré comme légitime, a droit à une réserve égale à $4.000 : (4 \times 2) = 500$. Les héritiers n'hésiteront pas à remettre les 1.000 marks aux deux enfants naturels; ils ont encore un joli bénéfice de 4.760 marks (4). Ces exemples sont également applicables au Code civil suisse, avec cette différence que ce dernier donne à l'enfant la part héréditaire qu'il aurait eue s'il avait été reconnu, tandis que dans le Code civil allemand il a droit à la réserve d'un légitime. D'ailleurs, le résultat pratique est le même, la réserve, en droit allemand, étant égale à la moitié de la part légale de succession (art. 2303 C. c. all.), et la part de l'enfant naturel reconnu étant, en Suisse, la moitié de celle d'un enfant légitime (art. 461, al. 3 du C. c. suisse). Il est vrai que, dans le Code civil suisse, il n'y a que les descendants légitimes qui réduisent, par leur présence, la part de l'illégitime. Sinon le droit à l'entretien de l'enfant peut

(1) Art. 1712, 2^e al., *in fine*.

(2) Hachenbürg, *op. cit.*, p. 55.

(3) Poetzsch, *op. cit.*, p. 93.

(4) D'après Planck, ad art. 1712, note 3.

être réclaté dans les limites de toute l'hérédité (art. 461, al. 2). Toutefois, on doit respecter le droit héréditaire du conjoint survivant, ainsi que tous les legs et dons, dans la mesure cependant où ils n'entament pas la réserve (article 471, al. 1).

Malheureusement il peut arriver aussi que le passif de la succession soit égal ou même supérieur à l'actif. Le montant de l'hérédité étant nul, la réserve ou la part héréditaire se chiffre par zéro. L'héritier est, par là même, libéré de toute obligation envers l'enfant naturel (1).

Les dispositions que nous étudions peuvent, d'ailleurs, prêter aux combinaisons les plus variées. Les héritiers sont libres d'user de l'Abfindungsrecht à l'égard d'un des enfants et de continuer à payer à l'autre la pension alimentaire (2). Ce moyen est avantageux quand l'un des enfants illégitimes est de beaucoup plus jeune que l'autre. Inversement, quand le père laisse plusieurs héritiers, chacun d'eux a la liberté de prendre le parti qui lui plaît, sans se soucier de la décision prise par les autres (3). Celui qui a remis à l'enfant sa part de succession n'est plus tenu d'aucune obligation envers lui, ni envers ses cohéritiers (4).

Quand il use de la faculté que lui confère les articles 1712, al. 2 du Code civil allemand, 322 du Code civil suisse, 15 de la loi norvégienne, etc., l'héritier ne transige pas avec l'enfant. Il tient ce droit de la loi (gesetzlicher, ex lege zustehender Abfindungsanspruch) (5). Aussi n'a-t-il pas à

(1) Planck, ad art. 1712.3. — Dernbùrg, § 89, p. 290, note 17. — Crome, § 618, p. 558. — Endemann, II, p. 663 note 22. — Contra Schnetzer, *op. cit.*, p. 53.

(2) Planck, ad art. 1712. — Jastrow, *op. cit.*, p. 76, note 7. — Poetzsch, *op. cit.*, p. 93.

(3) Cette solution est controversée. Dans le même sens Planck, ad art. 1712, note 11. — Stäudinger, ad art. 1712. Hirsch, *op. cit.* p. 39. — Kleinberger, *op. cit.*, p. 51. — Poetzsch, *op. cit.*, p. 94. — Contra Hachenbùrg, *op. cit.*, p. 54. — Allersberger, *op. cit.*, p. 43. Ces auteurs prétendent que le droit des héritiers de désintéresser l'enfant doit être exercé collectivement (*Gemeinsam*). — Voy. Egger, ad art. 322, note 1 b.

(4) Voy. Schnetzer, *op. cit.*, p. 54.

(5) Poetzsch, *op. cit.*, p. 92.

demander le consentement de l'enfant ni, à plus forte raison, l'approbation du tribunal des tutelles. Il impose le parti qu'il choisit (1). Il va sans dire qu'il lui est loisible de négocier avec l'enfant une transaction analogue à celle qu'eût pu consentir le père naturel, de son vivant. Mais nous répétons que si le père a déjà usé de cette faculté, le contrat qu'il a passé avec l'enfant et son représentant s'impose définitivement aux héritiers.

Enfin, il importe de remarquer que l'enfant naturel, qui reçoit une part successorale, n'agit pas en qualité de réservataire, mais à titre de simple créancier. Il ne vient pas à la succession comme héritier ; il touche seulement une somme équivalente à la réserve d'un enfant légitime ou à la part successorale d'un enfant naturel reconnu (2). Il en résulte qu'il ne peut être tenu de rapporter les libéralités qu'il a reçues de son père (3) ; mais, par contre, il ne peut exiger de l'héritier que celui-ci lui fournisse des renseignements sur l'état de la succession, ni réclamer un inventaire. On admet, cependant, que l'héritier est tenu de renseigner l'enfant, en ce sens qu'il doit lui prouver que la somme versée correspond bien à sa part de succession (4).

Ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, le droit de l'enfant à l'entretien n'est pas susceptible de s'éteindre par *prescription*. Car ce droit dérive d'une relation juridique de famille et, comme tel, il est imprescriptible. Son exercice n'est pas davantage limité par un délai quelconque ; le représentant légal de l'enfant peut faire valoir ce droit à toute époque, tout au moins jusqu'au moment où l'enfant atteint un certain âge, variable selon les législa-

(1) Opet, *op. cit.*, § 37, p. 393, note 13 b.

(2) Opet, *op. cit.*, § 37, p. 394, note 59 : « Die Abfindung bildet « keine Art Pflichtteil ; die Pflichtteilsvermuthung ist nür die Abfindungsbeurtheilung von Bedeutung ».

(3) Art. 2315, 2316, C. c. all. — Mais voy. Planck, ad art. 1712, note d et 4 a.

(4) Planck, ad art. 1712, note 4 c. — Hirsch, *op. cit.*, p. 39. — Opet, *op. cit.*, § 37, p. 393, note 58.

tions. En effet, nous avons vu que la pension alimentaire due à l'enfant est temporaire. Le droit est donc, en lui-même, imprescriptible ; mais il faut bien distinguer le droit à l'entretien (*Unterhaltsanspruch*) et le droit de réclamer les rentes échues et non payées. Celui-ci se prescrit comme toute prestation périodique, dans un délai relativement court (1) : ce délai est différent selon les pays ; il est d'un an en Norvège (2) ; de quatre ans en Allemagne (3) ; de cinq ans en Suisse (4), etc... Mais le point de départ de ce délai est diversement fixé par le législateur. Tandis qu'en droit suisse la prescription court à partir du jour de l'échéance du premier terme resté impayé (5), elle ne commence à compter, d'après le Code civil allemand, qu'à la fin de l'année au cours de laquelle la rente est échue (6). Ainsi, pour toutes les pensions qui sont arrivées à échéance pendant l'année 1914, la prescription ne court que du 1^{er} janvier 1915 et s'achèvera quatre ans après, le 31 décembre 1918.

Il en est différemment quand il s'agit d'aliments échus, attribués à l'enfant par suite d'un arrangement transactionnel exécutoire ou en vertu d'un jugement passé en force de chose jugée. C'est alors la prescription du droit commun qui s'applique (7).



Conformément aux principes généraux qui régissent cette

(1) C'est en ce sens que la disposition de l'art. 1711 du C. c. all., qui permet de réclamer l'entretien pour le passé, est indirectement limitée par le jeu de la prescription.

(2) Art. 5 de la loi norvégienne du 6 juillet 1892.

(3) Art. 197 du C. c. all. — Voy. Planck, ad art. 1708, note 10. — Opet, *op. cit.*, § 37, 13 d., p. 395. — Le C. c. all. apporte une exception à cette règle en faveur de l'incapable dépourvu de représentant légal. En ce cas, la prescription ne s'accomplit que six mois après la cessation de l'incapacité ou la nomination du représentant. — Cf. art. 206 C. c. all.

(4) Art. 128, al. 2. C. obl. rev.

(5) Art. 131, C. obl. rev.

(6) Art. 201, C. c. all.

(7) Prescription trentenaire dans le C. c. all. : cf. art. 195 et 218 C. c. all., décennale dans le C. c. s., art. 137, al. 2. C. obl. rev.

matière, l'obligation alimentaire de l'enfant illégitime est *insaisissable* (1) ; il en résulte logiquement — car toutes ces solutions s'enchaînent les unes les autres — que la créance est *incessible* (2), qu'elle *ne peut être compensée* malgré la volonté de l'intéressé (3), faire l'objet d'un *gage* (4) ni d'un *usufruit* (5). En cas de faillite, elle n'appartient pas à la masse (6). Mais, qu'en est-il plus spécialement des prestations, non échues, et comment le paiement en est-il garanti à l'enfant ? Cette question délicate a inquiété le législateur fédéral (7). Si c'est le père, qui est déclaré en faillite ou est l'objet de poursuite, les prestations non échues ne sont certainement pas protégées par un privilège, mais elles bénéficient du régime de l'article 267 de la loi sur les poursuites (8). Quant aux revenus de la mère ils ne peuvent être saisis qu'autant qu'ils ne sont pas nécessaires à son entretien personnel et à celui de sa famille (9). Il est regrettable que cette insaisissabilité ne soit pas étendue aux revenus du père, quand celui-ci est l'objet de poursuites de la part des tiers. En effet, d'après le texte de la loi, la famille du débiteur est seule protégée contre les saisies, mais il semble difficile de comprendre parmi les membres de cette famille l'enfant naturel, au-

(1) Art. 850, al. 2 C. pr. civ. all. — Planck, ad art. 1708, note 11. — Egger, ad art. 319, note 2 b. — Curti Forrer, ad art. 319, note 4.

(2) Art. 400. C. civ. all., art. 164 C. féd. révisé des obligat. — V. Rossel. *Manuel du droit fédéral des obligations*, p. 268.

(3) Art. 394, C. civ. all. ; art. 125, al. 2, C. oblig. — Rossel, *op. cit.*, p. 202, 203. — Peyer, *op. cit.*, p. 126.

(4) Art. 1274 C. civ. all. — Planck, *loc. cit.* — Egger, *loc. cit.*

(5) Art. 1069 C. civ. all.

(6) Planck, *loc. cit.*

(7) Cf. art. 93 de la Loi sur les Poursuites. — Voy. Fribourg, *lex cit.*, art. 58 : « Les indemnités revenant à la mère pour l'entretien et l'éducation de son enfant naturel sont insaisissables. »

(8) Rossel et Mentha, t. I, p. 382. La Commission d'Experts a repoussé, comme inutile, une adjonction tendant à prescrire que « la faillite ou une saisie infructueuse pratiquée contre le père ne porte pas atteinte aux prestations non échues de l'enfant. »

(9) Cf. art. 93, Loi Pours. — Weber et Brüstlein. *Commentaire de cette loi*, 2^e édit., p. 111. — Art. 250, al. 3 du C. Oblig.

quel il n'est accordé qu'une pension alimentaire (1). Il n'entre, en effet, dans la famille de son père qu'à titre exceptionnel, quand il réussit à obtenir un jugement de déclaration de paternité avec conséquences d'état civil.

Une question très importante, qui se rattache à ce sujet, est celle de l'exécution de l'obligation alimentaire. Il ne suffit pas de reconnaître un droit à l'enfant naturel, il faut encore lui donner le pouvoir de l'exercer et, en particulier, de contraindre son père — débiteur — à payer régulièrement les arrérages de la pension. Comme toute décision relative à des prestations alimentaires, le jugement déclaratif de filiation est exécutoire par provision (2). De plus, grâce à une disposition spéciale du Code de procédure civil allemand (art. 850), on ne peut opposer à un créancier d'aliments l'insaisissabilité dont jouissent certains revenus, tels que salaires, traitements de fonctionnaires, pensions de retraites, etc. Cependant, cette saisie ne peut être opérée que dans la mesure où des ressources suffisantes sont laissées au père, à l'épouse, à la famille légitime (3).

Mais, si ces moyens d'exécution ne donnent aucun résultat, on n'hésite pas dans les pays germaniques à recourir à des sanctions pénales. Ainsi, en Allemagne, quand le père se dérobe à son devoir et que l'enfant tombe à la charge de l'assistance publique, l'autorité, après sommation, engage des poursuites contre lui ; ce dernier peut être puni d'un emprisonnement de 1 jour à 6 semaines, ou d'une amende, qui ne doit pas dépasser 150 marks (4-5)

(1) Voy. sur ce point, Peyer, *op. cit.*, p. 126, 127. — Egger, ad art. 319, note 2 b. — *Blätter für zürch. R. spr.* VII, 72.

(2) Art. 708 C. pr. civ. all.

(3) Art. 850, al. 4 C. pr. civ. all. et art. 9 de la loi norvégienne de 1892.

(4) Voy. sur la légitimité de ces modes d'exécution, Toepffer, *Deutsche Juristen Zeitung*, 1906, p. 1148.

(5) Conf. sur les difficultés d'exécution de l'obligation alimentaire en Allemagne et la façon dont on les surmonte, Haléwyck, *op. cit.*, p. 129, 130.

(art. 361, al. 10 et suiv. Code proc. civil allemand). Des moyens identiques d'exécution sont expressément prévus par les lois danoise et norvégienne (1) ; elles apportent même, dans cette réglementation, un soin particulièrement minutieux. Quand la saisie n'a pas été opérante et que la pension n'a pas été payée depuis six mois, l'autorité supérieure peut, sur la plainte de la mère, faire appréhender le débiteur. Au Danemark, il est emprisonné jusqu'à parfait paiement, mais sa détention ne peut excéder neuf mois (2). En Norvège, il est placé dans une maison de travail obligatoire, jusqu'à ce qu'il ait payé ou donné caution. Cependant, l'autorité, avant de prendre une aussi grave mesure, doit se livrer à une enquête, afin de déterminer pour quelles causes le père ne peut pas payer. On ne peut l'enfermer s'il a moins de vingt-et-un ans, ou s'il est malade ; en tous cas, il ne peut être détenu plus de trois mois (3). Les législations de l'Amérique du Nord frappent également de peines sévères et d'amendes les parents naturels, qui se soustraient à leur devoir et négligent de subvenir aux besoins de leurs enfants. Dans l'Etat de Névada (4), ils peuvent être déclarés coupables de « *mis-demeanor* » (délit) et condamnés à une amende de 50 à 300 dollars ; le recouvrement de cette somme est assuré par une contrainte par corps, d'un jour par deux dollars, et d'un emprisonnement dans la geôle du comté jusqu'à parfait paiement. Dans l'Etat de l'Illinois (5), le paiement de la pension est garanti par le versement d'une caution, la contrainte par corps et une hypothèque ; dans le comté de Cook, l'accusé qui refuse de donner caution, est emprisonné (art. 3). Il en est de même dans l'Etat de l'Ohio, où l'emprisonnement peut durer trois mois. Les lois récentes de l'Etat de New-York (29 avril 1904) et de l'Etat de Wisconsin (1^{er} mai 1905) consacrent des solutions analogues.

(1) Loi norvégienne 1892, art. 7, 8, 9 ; Loi danoise 1908, art. 19.

(2) Loi danoise art 19.

(3) Loi norvégienne, art. 10.

(4) Loi de l'Etat de Névada du 1^{er} mars 1883.

(5) Lois de l'Illinois du 1^{er} juillet 1872 et du 29 mai 1879, art. 3.

Les père et mère, qui refusent de pourvoir à l'entretien de leurs enfants naturels, peuvent être mis en arrestation et emprisonnés conformément à l'article 852 du Code de procédure criminelle. Dans l'Etat de Wisconsin, c'est l'Assistance publique, qui se charge de prendre toutes les mesures utiles pour contraindre le père à entretenir son enfant.

Enfin, dans certains pays où l'émigration est fréquente, des mesures spéciales sont édictées dans ce but. Ainsi, au Danemark et en Norvège, le père ne peut émigrer avant d'avoir averti l'autorité supérieure, qui le force à payer les termes échus et à donner des sûretés. Des mesures provisoires peuvent être ordonnées, en ce cas, avant la naissance de l'enfant. En Norvège, la police peut s'opposer à ce que le père sorte du royaume et saisir ses biens (1).

Le Code civil suisse ne renferme aucune disposition spéciale, relative à l'exécution de l'obligation d'entretien, mais la doctrine a étudié très attentivement cette question. On s'est demandé, en particulier, si l'inexécution dolosive, de la part du père naturel, de la dette alimentaire peut être considérée comme une négligence coupable du devoir paternel et susceptible d'être réprimée par la loi pénale. Il est indéniable que la mère illégitime et le père, qui a reconnu son enfant ou dont la paternité a été déclarée par jugement, sont punissables au même titre que des parents légitimes, puisqu'ils sont soumis aux mêmes obligations (2). Mais que décider dans le cas où tous les devoirs de famille du père se réduisent au paiement d'une rente alimentaire ? Le sens de la réponse dépend de la nature et de la qualité des relations, qui unissent le père et l'enfant illégitime (3). Il ressort, tant des travaux préparatoires

(1) Voy. art. 14, 15, 16 de la loi norvégienne du 6 juillet 1892 et art. 17 de la loi danoise du 27 mai 1908.

(2) Voy. art. 325, 2^e al. C. c. suisse.

(3) Le tribunal supérieur de Zurich a décidé qu'on ne pouvait assimiler au délit de violation des devoirs de famille le non paiement illégal de la pension alimentaire. *Rechenschaftsbericht, d. Oberger. R. B.* 1893. N° 225. Cf. *R. B.*, 1895, n° 177.

du Code que des solutions consacrées, que, même dans le cas où le père n'est redevable envers son enfant que d'une simple obligation d'entretien, leurs rapports, pourtant si lâches, ne sont pas ceux d'un créancier et d'un débiteur quelconques, mais ont pour fondement un lien de parenté. Et c'est alors d'un véritable devoir de famille que s'acquitte le père illégitime, quand il paie les arrérages de la rente. Si donc il se soustrait malicieusement à cette charge, en laquelle s'épuise tout son rôle de père, il doit être reconnu coupable du délit d'abandon de famille (1). On trouve, dans les législations cantonales d'Obwald et de Soleure (2), une excellente disposition aux termes de laquelle le père, qui ne s'est pas acquitté du devoir d'entretien qui lui est imposé, et dont l'enfant ainsi laissé sans secours a dû être secouru par l'Assistance publique, doit être condamné à une peine correctionnelle, à moins qu'il ne puisse prouver que sa faute a pour cause son manque de ressources. Ainsi, le non accomplissement d'une simple obligation alimentaire, qui existe entre le père et l'enfant naturel, est assimilé à la négligence du devoir de famille entre le père et l'enfant légitime. Cette idée est excellente en législation ; aussi, est-elle partagée par la grande majorité des auteurs suisses, qui réclament l'insertion d'une disposition de ce genre dans le futur Code pénal (3-4). Elle constituerait une énergique et indispensable sanction du droit de l'enfant naturel qui a besoin d'être protégé plus

(1) Peyer, *op. cit.*, p. 128. — Egger, ad art. 319, note 8.

(2) Obwald, loi 28 mai 1866, art. 15. — Polizeistrafg, art. 88. --- Soleure, C. civ. art. 93. — Strafges-buch, art. 115. — Cf. C. civ. frib., art. 384. — Voy. sur les sanctions en cas d'abandon de famille, Zurich, Strafges-b. art. 148 ; Schaffouse, art. 190 ; Saint-Gall, art. 191 ; Lucerne, Polizeistrafg, art. 88 ; Obwald, *loc. cit.*, ; Schwytz, Polizeistrafg, art. 144.

(3) Projet de Code pénal suisse, art. 264.

(4) En ce sens : Egger, *loc. cit.* — Peyer, *loc. cit.* — H. Robert, *op. cit.*, p. 357, 358, Vœux de l'Union des femmes suisses : *Das neue Zivilgesetzbuch und die Schweizerfrauen*. Berne 1911, p. 48 ; et des unions protestantes suisses : Burckhardt, *Ref. an der Jahresversammlung der schweiz. Predigergesellschaft*. Glaris, 1900, p. 76.

efficacement encore que l'enfant légitime lui-même. En effet, peut-il raisonnablement compter sur la loyauté et l'affection d'un père, qui s'est dérobé, sans pudeur, à l'accomplissement du plus sacré des devoirs ?

CHAPITRE III

DU NOM DE L'ENFANT NATUREL

Un des effets les plus importants attachés à la filiation, c'est l'attribution du *nom du père* à l'enfant. Le nom est, en effet, le signe extérieur de la filiation. Il révèle au public que tel individu est issu de tel autre. Le choix du nom de l'enfant naturel soulève une foule de questions délicates : elles sont résolues de façons diverses par les différentes législations.

En général, quand un jugement en déclaration de paternité a été prononcé contre un homme, l'enfant qui en est bénéficiaire acquiert le droit de porter le nom de son père. C'est la solution communément admise par les législations, qui font de l'action en paternité une action en réclamation d'état. Le nom est l'un des éléments constitutifs de l'état des personnes. Ce système est appliqué dans tous les pays latins. France, Belgique, Espagne, Portugal, principauté de Monaco, etc... et en Suisse, dans le cas où il est intervenu un jugement déclaratif de paternité avec conséquences d'état (mit Standesfolge) article 325 Code civil suisse.

En France, bien qu'elle ne soit pas expressément consacrée par la loi du 16 novembre 1912, cette solution ne saurait faire aucun doute. Elle est conforme aux principes généraux ; elle a été formellement indiquée dans le rapport à la Chambre (1). Cependant, on pourrait soutenir que la loi du 2 juillet 1907 a apporté quelques changements à la matière ; en effet, elle attribue la puissance paternelle à celui des père et mère naturels, qui a le premier reconnu l'enfant. Ne serait-ce pas celui qui exerce la puissance paternelle qui devrait donner son nom à l'enfant ? Dans notre cas, ce serait la plupart du temps le nom

(1) Rapport à la Chambre, 1911, p. 22.

de la mère qui serait conféré à l'enfant. Cette opinion ne saurait être admise ; les rédacteurs de la loi du 2 juillet 1907 ont seulement voulu organiser la tutelle des enfants naturels ; ils n'ont jamais eu l'intention de modifier les règles relatives au nom des illégitimes. De plus, l'attribution de la puissance paternelle à une personne n'entraîne pas nécessairement, comme conséquence, le don du nom de cette personne à celle sur laquelle elle a autorité. Il y a là deux effets distincts, indépendants, de la filiation. Enfin, le fait pour l'enfant de porter le nom de sa mère révélerait de suite son origine bâtarde et serait une marque de flétrissure. Si donc l'enfant, reconnu préalablement par sa mère, porte le nom de celle-ci, il est contraint de changer de nom à la suite du jugement de déclaration de paternité. Ce changement peut quelquefois lui être préjudiciable. Mais ces règles sont d'ordre public ; l'enfant n'a pas le choix. C'est pour lui, en même temps qu'un droit, une obligation de porter le nom de son père, et cela d'une manière exclusive, sans pouvoir y ajouter le nom de sa mère (1-2).

Ces questions graves et délicates n'ont pas paru inquiéter le législateur français. Au contraire, elles ont vivement frappé les juristes étrangers. Ils ont compris qu'il était dangereux de conférer d'office le nom d'un homme, le nom d'une famille, à un individu qui menait peut-être une vie déshonorante. Et, d'autre part, l'enfant naturel peut n'avoir aucun avantage à changer d'état civil. Aussi, s'efforce-t-on de trouver des solutions qui concilient les deux intérêts en présence. Une idée assez ingénieuse,

(1) Dalloz. *Suppl.* v° *Nom.* n° 25 ; Trib. de Mascara, 10 janvier 1906. D. 1906.2.244.

(2) La plupart des jugements, qui déclarent la paternité du défendeur ordonnent que, conformément à l'art. 62 du C. civ. un extrait du jugement soit transcrit en marge de l'acte de naissance. — Meaux, 28 déc. 1912. D. 1913.2.334. — Lille, 27 fév. 1913. D. 1914.2.43. — Langres, 8 mai 1913. D. 1913.2.338. — Rodez, 12 janv. 1914. *Gaz. Trib.*, 28 février 1914. — Nîmes (Cour), 23 février 1914. *Gaz. Trib.* 25 avril 1914. — Contra Wahl, *op. cit.*, n° 104, p. 77 ; Douai 7 mai 1913. D. 1913.2.337. *Gaz. Trib.* 1913.2.33.

qui a été adoptée par le projet Laurent (Révision du Code civil belge (art. 327), par le Code civil portugais (art. 129), par l'ordonnance monégasque (art. 239), permet à l'enfant de porter à la fois le nom de son père et de sa mère. Une solution, encore plus favorable aux intérêts de l'enfant, lui laisse le choix entre le nom de son père et celui de sa mère. Elle fut proposée par le projet Van Berchem, l'article 11 du projet commence par poser le principe que l'enfant prend le nom du père auquel il a été déclaré appartenir ; puis il ajoute : « Cependant, dans le cas où la filiation se trouve constatée à la fois à l'égard du père et de la mère, l'enfant a le droit de conserver le nom de la mère, si le jugement qui le rattache au père n'est intervenu que postérieurement. L'enfant, qui optera pour le nom de sa mère, devra, dans le délai d'un an à partir du susdit jugement et sous peine d'être déchu de son droit, faire une déclaration d'option devant l'officier de l'état civil du lieu où son acte de naissance est inscrit (1) ». Le choix du nom dépend donc uniquement de la volonté de l'enfant : il décide au mieux de ses intérêts. Il semble bien que c'est vers cette solution que s'oriente le droit moderne. Nous verrons qu'en Allemagne, le mari de la mère ne peut donner son nom à l'enfant qu'avec le consentement de celui-ci. D'une manière générale, le rôle de la volonté prend une importance décisive dans le droit relatif aux personnes. Les rapports de famille ont tendance à ne plus être imposés, mais librement consentis. Ainsi, d'après le Code civil suisse, l'enfant a le droit de s'opposer à la reconnaissance volontaire faite par son père, sous prétexte qu'elle est préjudiciable (*nachteilig*) à ses intérêts, (article 305 Code civil suisse) ; et la généralité même du terme « préjudiciable » commande une interprétation large. Nous ne pouvons qu'approuver, en principe, la solution proposée par le projet Van Berchem ; elle est très respectueuse des intérêts de l'enfant. Mais elle ne nous paraît pas tenir un compte suffisant de ceux de la famille.

(1) Adopté par M. Pouzol dans son projet de loi, art. 5, cf. p. 549 de son livre.

Si l'on veut laisser à l'enfant le droit de choisir le nom qui lui convient le mieux, et qui lui procurerait le plus sérieux avantage, on doit décider que ce libre choix ne saurait s'exercer que dans la mesure où il ne préjudicie pas aux droits de la famille légitime. Pourquoi ne pas reconnaître à celle-ci le droit de s'opposer à ce que l'enfant naturel porte son nom, s'il doit en résulter pour elle quelque dommage ? On ne veut pas imposer un nom à l'enfant mais il ne faut pas davantage imposer l'enfant à la famille. Il y a là un conflit de deux intérêts opposés ; il a été jusqu'à ce jour, résolu en faveur des parents légitimes. Peut-être, ce parti-pris était-il injuste, mais le nouveau ne l'est pas moins. Un droit ne peut s'exercer, que dans la mesure, où il ne nuit pas aux autres droits ; ils se limitent tous réciproquement. Une solution ne peut être équitable et féconde, que si elle permet de concilier les intérêts en présence.

C'est surtout cet aspect de la question, qui a frappé le législateur belge. Il a compris le danger que faisait courir à la famille légitime l'attribution de son nom à l'enfant naturel. « Si l'enfant qui a recherché judiciairement son « père, dit M. Hoyois, a le droit de prendre, même contre le gré de celui-ci, son nom de famille, cette conséquence de la déclaration judiciaire de paternité sera « certainement la plus grave de toutes » (1). Cette question du droit au nom a fait l'objet au Parlement belge d'une discussion très vive et très intéressante. On a d'abord repoussé la solution proposée par l'article 11 du projet Van Berchem que nous avons déjà étudiée. Car le législateur belge s'est refusé de façon catégorique à sanctionner, par une disposition expresse, le droit de l'enfant au nom de son père. Il n'a point voulu trancher la question, très discutée en Belgique, de savoir si le nom de famille doit être attribué d'office à l'enfant. Dans la pratique, il n'est pas ajouté aux prénoms donnés à l'enfant ; cette opinion, dit-on, est conforme à l'article 57 du Code civil qui, énumérant les énonciations que doit contenir l'acte de l'é-

(1) Hoyois. Chambre belge 1906, n° 73, p. 98, 1^{re} col.

tat civil, ne mentionne pas le nom patronymique. Pour toutes ces raisons, le législateur n'a pas voulu consacrer le droit de l'enfant au nom de son père (1) ; d'ailleurs, il ne lui est pas davantage interdit de le porter. L'enfant agira donc au mieux de ses intérêts, et, en ce sens, il n'a point à se plaindre du silence de la loi ; mais, inversement, on a sinon autorisé, du moins implicitement admis les membres de la famille légitime à s'opposer à ce que l'enfant naturel partage leur nom. Cependant, cette dernière solution est fort douteuse.

Les juristes belges n'ont pas tort de dire que cette question du nom est l'une des plus graves. Si, au point de vue juridique, aucun lien n'unit l'enfant naturel aux parents de celui qui l'a reconnu, si le droit réciproque de succession, caractéristique de la parenté, n'existe pas entre eux, il n'en est pas moins vrai qu'aux yeux du monde le fait, pour un enfant, d'être admis à porter le nom d'une famille, équivaut à son entrée dans la famille à son élévation au rang de membre de la famille. Il est désormais solidaire avec elle, solidaire dans l'honneur et dans la honte. Si le nouveau venu, qui a conquis le droit de prendre un nom estimé, est un individu perdu de réputation, relégué au ban de la société, voilà une famille entière salie, avilie, déshonorée par la conduite ignoble d'un intrus, qui a peu de chances de s'amender. On comprend l'énorme préjudice que peut causer à la famille légitime, fière de son nom, de sa bonne réputation, l'arrivée inopinée de ce déclassé, de cet « indésirable ». Il est inutile d'insister sur les conséquences désastreuses que peut entraîner un dommage moral aussi grave. La situation est particulièrement troublante, quand la reconnaissance a lieu au cours du mariage. L'atteinte est directe, les coups

(1) Cf. Rapport à la Chambre belge (Colaert), n° 10, p. 14. — Van den Heuvel, Chambre 1906, n° 73, p. 97, 2 col.; n° 87, p. 110, 2° col. Le rapport au Sénat n° 113, p. 132, accorde à l'enfant le droit de porter le nom de son père, en cas de possession d'état, car « le nom est précisément l'un des éléments sur lesquels est fondée l'action ».

sont terribles, parfois mortels, et pour les éviter, quels sacrifices ne consentirait pas le père de famille ? Il y a là une occasion très propice au chantage, qui semble inévitable et des plus dangereux. Nous reviendrons, dans un chapitre suivant, sur cette dernière hypothèse, car, elle se rattache, d'une façon très étroite, à la question de la protection de la famille légitime, c'est-à-dire du conjoint et des enfants issus du mariage (1).

Pour l'instant, nous voulons seulement rechercher si, dans l'état actuel du droit, il peut être fait interdiction à l'enfant naturel de prendre le nom de son père. La réponse à cette question dépend de la conception qu'on adopte relativement à la nature juridique du nom. On sait qu'il existe sur ce sujet un grand nombre de théories. Nous ne pouvons pas ici les examiner en détail ; nous voulons seulement montrer les conséquences qu'elles entraînent, relativement à la question que nous traitons. On a longtemps soutenu — et cette opinion a encore de nombreux partisans — que le nom peut faire l'objet d'un droit de propriété (2). Mais il s'agirait d'un droit de propriété d'une nature spéciale, puisqu'il ne peut être ni cédé ni prescrit. D'autre part, des individus, complètement étrangers les uns aux autres, portent souvent un nom identique. Certains ont conclu de là que le nom n'était pas susceptible d'un droit exclusif de propriété. En tous cas, cette première théorie permettrait aux propriétaires d'un nom de s'opposer à ce que ce nom soit usurpé par un tiers. Dans une autre opinion, tout à fait opposée à celle-ci, le nom n'est qu'une « institution de police civile ; il est la forme « obligatoire de la désignation des personnes, et n'est « pas plus un objet de propriété que ne le sont les numéros matricules (3) ». L'auteur en déduit en particu-

(1) Voy. 2^e partie, chapitre VI. — Cf. Woeste. Chambre 1906, n^o 73, p. 97.

(2) Cass. 16 mars 1841. D. 41.1.210 ; Paris, 16 mai 1900. D. 1902. 2.174 ; Cass. belge, 7 avril 1888. *Pasicr.* 1888, I. 166. — Voy. note Labbé sous S. 84.2.21.

(3) Planiol, t. I, n^o 398.

lier cette conséquence, que la transmission du nom ne s'opère pas par la volonté du père, mais c'est la loi qui, pour rendre notoire le fait naturel de la filiation, exige que ce fait soit annoncé par l'identité du nom. Pour les mêmes raisons, elle peut donc conférer d'autorité à l'enfant naturel le nom de son père, malgré la volonté contraire de ce dernier.

Enfin, on a tendance à ne voir, dans le nom, qu'un signe extérieur de la filiation ; c'est le nom qui révèle ce fait, que tel individu est issu ou parent de tel autre ; le don du nom est l'une des conséquences normales de la filiation (1). Un auteur belge (2) a fait, de cette théorie, une application très habile à la question du nom des enfants naturels. Admettons, dit-il, que le nom est le signe de la filiation, et qu'il n'est que cela. Mais, il s'agit de savoir si le nom est le signe de toute filiation quelconque ou le signe de la filiation légitime ; et alors, il doit être réservé aux membres de la famille dont il constitue la marque distinctive. Le nom ne serait donc plus le signe de la filiation, mais le signe de la famille. Tous les membres le partagent, et la femme, qu'aucun lien de filiation ne rattache à son mari, est censée entrer, par son mariage, dans la famille de ce dernier et porte son nom. Or, l'enfant naturel reste complètement étranger à la famille légitime, il n'en fait jamais partie, et par suite il ne peut être admis à partager un nom, auquel il n'a aucun droit. De là à dire que le nom est la propriété de la famille qui le porte, il n'y a qu'un pas ; et ce pas a été franchi. Le nom de famille, comme l'expression l'indique, appartient à la famille, c'est-à-dire à cette petite société, strictement fermée, qui est fondée sur le mariage des père et mère. « Un nom, dit de famille, « fait partie du *patrimoine moral* de la famille dont le « père est membre. Or, l'enfant naturel, un tiers au re- « gard de la famille de son père, un intrus, qui aura fait « constater judiciairement l'existence d'un lien de filia- « tion purement personnel entre lui et son père, ne sera

(1) Voy. Capitant et Colin, t. I, p. 351.

(2) Leclercq, *op. cit.*, n° 28, p. XXIX.

« uni avec elle par aucun lien de parenté et n'aura droit, « dès lors, à aucune parcelle de son patrimoine à elle (1) ». Cette théorie est des plus séduisantes, mais elle n'est, au fond, qu'une manière nouvelle et ingénieuse de présenter la vieille théorie de la propriété du nom ; et les mêmes objections surgissent contre elle ; enfin, il est bien difficile de nier que le nom soit le signe de la filiation et de le réserver exclusivement à la parenté légitime. C'est une affirmation purement gratuite, et contraire aux principes ordinaires du droit.

Quoi qu'il en soit, on se rend compte des difficultés que soulève la question du nom des enfants naturels. Elles sont telles que le législateur belge a refusé de trancher expressément la question ; c'est sans doute regrettable ; mais le seul fait d'avoir repoussé un texte, qui accordait d'office à l'enfant naturel le nom de son père, prouve que le droit de l'enfant est, pour le moins, fort douteux. Les commentateurs de la loi du 6 avril 1908 n'hésitent pas à déclarer que l'enfant naturel n'a pas le droit de porter le nom de famille de son père (2), et que, par suite, les membres de la famille légitime peuvent s'opposer à ce que l'enfant prenne leur nom, quand ce fait est de nature à leur causer préjudice.

Mais, si l'on ne veut pas accepter cette solution, il faut du moins accorder aux membres de la famille, le droit de contredire, d'attaquer la reconnaissance de l'enfant, conformément à l'article 339 du Code civil français. On sait que la personne, qui veut exercer ce droit, n'est pas tenue de justifier d'un autre intérêt que d'un intérêt purement moral, tel que celui de sauvegarder la dignité de la famille et l'honneur du nom (3). Ce droit d'intervention peut parfois être précieux pour la famille légitime.

(1) Hoyoïs. Chambre 1906, n° 73, p. 98, n° 87, p. 110.

Cf. arrêt de Cass. belge, 7 avril 1888 précité : « Le nom patronymique est une propriété de la famille qui le porte ».

(2) Voy. Galopin, *op. cit.*, n° 50, p. 37. — Leclercq, n° 28, p. xxx.

(3) Cf. Paris 14 mars 1895. D. 95.2.231 ; Paris, 16 mai 1900. D. 1902 2.174.



La question du nom de l'enfant naturel reçoit une solution tout à fait *différente* dans les pays appartenant au groupe *germanique*. Cela vient de ce que la condition juridique de l'enfant illégitime est organisée sur un modèle tout autre que celui qui est adopté par les législations latines. On sait que l'enfant naturel ne soutient avec son père que des rapports de créancier à débiteur, et qu'au contraire il est très étroitement rattaché à la famille maternelle, où il occupe la place et jouit de tous les droits d'un enfant légitime. Il en résulte qu'il porte le nom de la mère, c'est-à-dire la marque, le signe distinctif de la famille dans laquelle il est admis. Ainsi, dans ce système, le nom n'est point considéré comme le signe de la filiation, car la filiation paternelle de l'enfant étant établie par jugement, celui-ci devrait pouvoir porter à la fois le nom de son père et de sa mère. Il est, au contraire, uniquement le signe de la famille, puisque l'enfant n'est autorisé à prendre que le seul nom de la famille maternelle à laquelle il appartient. La théorie de l'auteur belge, que nous exposons dans ces dernières pages, reçoit ainsi des législations germaniques une consécration formelle.

L'enfant reçoit donc le nom de sa *mère* (1). C'est le nom de jeune fille de la mère (*Mädchenname*) qui est attribué à l'enfant. L'article 324 du Code civil suisse emploie l'expression très précise : « *ihren angestammten Familien-namen* » — « *cognome di nascita* », que nous traduisons très imparfaitement par « *nom de famille* ». Ce nom est accordé à l'enfant d'une manière définitive ; il le conser-

(1) On avait cependant proposé en Allemagne que l'enfant pût porter le nom de son père quand celui-ci était connu, et le nom de sa mère seulement dans le cas contraire ; c'était la solution du vieux droit saxon. Voy. Proelsz und Raschke. *Die Frau im neuen bürgerlichen Gesetzsbuch*, Berlin 1895. — Cf. Käuffer, *in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung zunächst für das Kgr. Sachsen*, vol. II, p. 507.

vera, quels que soient les changements qui atteignent le nom de sa mère. Ainsi, quand la mère, à la suite de son mariage, reçoit le nom de son mari, l'enfant garde celui qu'elle portait auparavant (1). Il va de soi que si la mère épouse le père de l'enfant, celui-ci se trouvant légitimé par ce mariage reçoit, par là même, le nom de famille de son père (cf. art. 1616, 1719 Code civil allemand). C'est toujours le nom d'origine (angestammten Familiennamen) que conserve l'enfant, quand sa mère devient veuve, est séparée de corps, divorcée ou remariée (2). L'art. 1706 du Code civil allemand, prévoyant ces hypothèses, parle du nom de famille que la mère portait avant le mariage (den Familiennamen, den die Mutter vor der Verheiratung geführt hat). Cette rédaction équivoque conduirait à décider qu'en cas de remariage de la mère, l'enfant devrait porter le nom qu'elle avait avant ce second mariage, c'est-à-dire le nom de son premier mari. Or, cette solution est complètement fautive. Il s'agit du nom de famille de la mère, de celui qu'elle portait comme jeune fille (3). La rédaction de l'article 324 du Code civil suisse est plus précise. Le projet du conseil fédéral avait adopté un texte analogue à celui de l'article 1706 du Code civil allemand ; mais le Conseil national proposa et fit admettre l'expression plus claire : « angestammten Familienname » (4).

Il peut cependant arriver que le nom de l'enfant soit indirectement atteint par les changements que subit le nom de sa mère : il en est ainsi, quand le nom de la mère

(1) Egger, ad art. 324, note 2 a. — Curti Forrer, ad art. 324, note 3.

(2) Planck, ad art. 1706, n° 1. — Staudinger, ad art. 1706, note 1 a. — Opet, *op. cit.*, § 38, p. 402, note 3. — Comp. Hermann. *Arch. f. deut. Civ. Prax.* Vol. 45, p. 330. — Egger, *loc. cit.* — Curti Forrer, ad art. 324, note 3, 2° al. — Cf. Sur les législations cantonales Huber. *System*, I. p. 530. Un grand nombre de cantons, Vaud, Berne, Tessin, Soleure, Grisons, Thurgovie, etc., donnent à l'enfant naturel de veuve le nom que portait leur mère, à l'époque de l'accouchement, soit le nom du mari défunt.

(3) Mantey, *op. cit.*, p. 18, 19. — Opet, *op. loc. cit.*

(4) *Bulletin*, XV, p. 827.

varie à la suite d'adoption ou de légitimation (art. 1722, 1736, 1737, 1762 Code civil allemand — art. 258-268 du Code civil suisse). Il en est de même, quand la mère obtient l'autorisation de changer de nom.

Cette règle générale, d'après laquelle l'enfant illégitime porte le nom de famille de sa mère, souffre, en droit allemand, une *exception* fort curieuse, dans le cas où la mère se marie. Nous touchons là à l'une des institutions les plus intéressantes et les plus originales du Code civil allemand. L'article 1706 al. 2 est ainsi conçu : « Le mari de la mère
« peut, par déclaration faite à l'autorité compétente, don-
« ner son nom à l'enfant avec le consentement de celui-ci
« et de la mère ; la déclaration du mari et la déclaration
« de consentement de l'enfant et de la mère doivent être
« certifiées authentiquement ». Bien qu'elle fût inspirée de certaines législations des Etats de l'Empire (1), cette disposition fut tout d'abord repoussée par les rédacteurs de *l'Exposé des Motifs* (2), qui craignaient que cette disposition ne rendît plus confuse la situation de l'enfant naturel. Mais, au cours des débats qui eurent lieu au Reichstag, les députés Auer et Bebel déposèrent un amendement en faveur de l'adoption de cette disposition (3). Cette institution, dont on chercherait en vain le fondement juridique, est inspirée par des considérations de générosité et d'humanité à l'égard de l'enfant naturel. On a songé à la situation pénible de cet enfant, dont le nom même révèle l'origine bâtarde, aux vexations dont il serait l'objet au cours de sa vie ; de là d'inévitables froissements au sein de cette famille, où les enfants légitimes ont eux-mêmes à souffrir de la présence de l'enfant naturel, marqué à jamais d'un signe d'infamie qui lui vaut toutes les

(1) Wurtemberg, *lex cit.*, art. 28, n° 5 ; Saxe-Meiningen, *lex cit.*, art. 10 ; Cobourg, *lex cit.*, art. 36 ; Gotha, *lex cit.*, art. 13 ; Bade Land Recht., art. 345 a.

(2) *Motifs du C. C. all.* IV, p. 859.

(3) La 12^e Commission du Reichstag repoussa la proposition (Rapport du 12 juin 1896, p. 158-159). *Kom. Ber.*, p. 2084. — Mais les députés Auer et Bebel la firent adopter en séance plénière, 26 juin 1896. *St Ber.*, p. 2987-2988.

hontes et toutes les humiliations. Il fallait donc, à tout prix, uniformiser les situations ; et puisque le Code civil allemand admet l'assimilation complète des enfants illégitimes aux légitimes, vis-à-vis de la mère, il était logique qu'il déduisît de ce principe toutes ses conséquences, en permettant de donner aux uns et aux autres un nom identique. Ainsi, la situation de l'enfant naturel est sauvée ; la tache est effacée ; l'enfant est légitimé aux yeux du monde, puisqu'il ne porte plus le signe révélateur de son origine irrégulière. Selon l'expression du Dr Eck, on purifie ainsi une situation de famille équivoque « man »
« reinigt ein zweideütiges Familienverhältnis » (1).

Pour atteindre cet heureux résultat, il faut d'abord que le mari de la mère fasse devant l'autorité compétente une déclaration (*Erklärung gegenüber der zuständigen Behörde*), par laquelle il affirme sa volonté de donner son nom à l'enfant. Il faut aussi que la mère et l'enfant consentent à ce changement de nom. Nous avons déjà eu l'occasion de souligner ce rôle important de la volonté dans les rapports de famille. Ainsi le mari ne pourrait de force imposer son nom à l'enfant ; si ce changement de nom lui cause préjudice ou simplement ne lui agréé pas, ce dernier, par son refus, peut rendre inopérante la démarche du mari de sa mère. Ce système se montre donc très respectueux des intérêts et de la volonté de l'enfant. Aux termes de l'article 1706, la déclaration du mari, celles de l'enfant et de la mère qui accordent leur consentement, doivent être données chacune en la forme authentique (*in beglaubigter Form*) et devant l'autorité compétente. Les formes et les compétences varient d'Etat à Etat, selon les pratiques locales et les procédures. Elles se déterminent d'après le domicile du mari au moment de la déclaration (2). En Prusse, les autorités compétentes sont l'*Amtsgericht* (tribunal de première instance) et l'officier de l'état civil (*Standesbeamte*) (2).

(1) Eck. *Vorträge über des Recht des B. G. B.*, vol. II, p. 502.

(2) Voy. sur ce point Planck, ad 1706, n° 3.

(3) Loi prussienne du 20 sept. 1899, art. 68.

Si la mère est morte, le mari peut donner son nom à l'enfant, avec le seul consentement de celui-ci (1). Quand l'enfant est mineur ou n'a qu'une capacité limitée, c'est son représentant légal, chargé de ses intérêts, qui donne le consentement nécessaire. Celui du tribunal des tutelles n'est pas exigé dans ce cas (2). Ce don du nom ne saurait être fait par le représentant légal du mari ; c'est un acte exclusivement personnel. Un incapable n'a donc pas le pouvoir de le faire ; si la capacité est seulement limitée, il le peut sans avoir besoin d'aucune assistance (3). Ce droit est strictement réservé au mari de la mère ; le père naturel ne pourrait donner son nom à l'enfant qu'en l'adoptant ou en le légitimant. On reconnaît généralement aux membres de la famille du mari, porteurs du même nom, le droit de s'opposer à ce que l'enfant naturel soit admis à le partager (4). Nous rencontrons encore là une manifestation de cette idée que le nom est le signe de la famille, qu'il appartient à la famille et que, même un membre de la famille n'est point libre de disposer, à son gré, du nom du groupe sans le consentement des autres porteurs du même nom. Il faut aussi remarquer que, dans le cas de l'article 1706 du Code civil allemand, le fait, par l'enfant, de partager le nom du mari de sa mère, ne signifie pas qu'il existe entre eux un lien de filiation. Dans ce cas le nom n'est donc point le signe révélateur de la filiation.

Ce changement de nom n'entraîne aucune modification dans la situation juridique de l'enfant ; aucune relation ne naît à la suite de cet acte entre le parâtre et l'enfant. Il n'y a entre eux aucun lien de famille, aucun droit de succession, aucune obligation d'entretien. L'enfant continue à être représenté par son tuteur (5).

(1) Staudinger, ad 1706, note 4 *a.* — Mantey, *op. cit.*, p. 66. — Planck. ad 1706, n° 3 *b.* Contra Brettner qui juge que dans ce cas le don du nom est impossible.

(2 et 3) Planck. ad 1706, note 3 *e.* — Staudinger. ad 1706, note 4 *d.*

(4) Schnetzer. *Die rechliche Stellung der unehelichen Kinder.* p. 12 et 13.

(5) Planck. ad 1706, note 3, *h.* et *i.*

Il reste enfin à prévoir une situation intéressante. La mère se remarie, alors que son premier mari a donné son nom à l'enfant. Le deuxième mari peut-il user de la même faculté ? On ne saurait le lui permettre, car le geste du premier mari a satisfait au but que se proposaient les rédacteurs de l'article 1706 du Code civil allemand. Ils ont voulu seulement faire disparaître le signe révélateur de la naissance illégitime de l'enfant ; ce résultat a été obtenu dès lors que celui-ci porte un nom, qui lui vient du mariage de sa mère. La solution contraire eût eu l'inconvénient d'exposer le nom de l'enfant à d'incessantes fluctuations (*Schwankungen*), qui n'auraient pas manqué de paraître suspectes (1).

Le Code civil suisse n'a pas adopté cette remarquable institution (2) du Code civil allemand. Cet oubli est généralement regretté par les auteurs (3) qui s'accordent à faire l'éloge de l'art. 1716 du Code civil allemand. Tout au plus, le mari de la mère peut-il tolérer qu'en fait l'enfant porte son nom ; ce dernier pourrait même demander à l'autorité compétente l'autorisation de changer son nom (4).

Parmi toutes les questions relatives au nom de l'enfant naturel, celle qui fait l'objet des plus vives discussions dans les pays germaniques et surtout en Allemagne, concerne la *transmission des titres de noblesse* de la mère (*Adelsprädikat*). La même question se pose pour le mari, dans le cas de l'article 1706. Le Code civil allemand ne contient aucune disposition sur ce sujet. Aussi les juristes allemands se sont-ils ingéniés à imaginer des solutions. Ils ont écrit d'innombrables articles de revue et même des ouvrages entiers sur cette question (5), qui peut nous paraître, à nous Français, d'une importance très secondaire.

(1) Enneccerus. II *Verwandtschaftsrecht*, IV. § 94, p. 354. — Planck. ad 1706, note 3 k.

(2) Elle existe également dans le C. civ. autrichien, art 164 ; elle a été adoptée par la loi danoise du 27 mai 1908, art. 11.

(3) Peyer, *op. cit.*, p. 66. — H. Robert, *op. cit.*, p. 142.

(4) Egger, ad art. 324, note 2 a.

(5) En voir la nomenclature dans Opet, *op. cit.*, § 29, note 22, p. 343 *seq.*

Mais il faut songer que le titre de noblesse est fort répandu en Allemagne et que tous les souverains des États de l'Empire sont entourés d'une noblesse nombreuse. On ne compte pas moins de quatre théories principales (1) sur ce grave sujet. C'est la théorie de Sohm (2) qui rallie, en Allemagne, la majorité des suffrages. Cet auteur, à la suite de recherches historiques, est parvenu à démontrer que la particule nobiliaire ne fait pas partie du nom de famille, mais constitue seulement un titre. Elle rappelle que le porteur du titre était co-propriétaire du bien noble, du bien de la souche (Stammgut), d'où la famille a tiré son nom. Il convient donc de s'en remettre sur ce point aux législations des États particuliers, car ce sont des questions d'ordre public (3). Or, la grande majorité de ces législations refusent à l'enfant illégitime le droit de porter le titre de noblesse de sa mère et, à plus forte raison, du mari, dans le cas de l'article 1706, al. 2.

Cette question présente fort peu d'intérêt en Suisse, car la Constitution fédérale (Bundesverfassung) ne reconnaît ni privilèges de naissance, de famille et de personnes, ni

(1) D'après les uns, le titre est inséparable du nom et doit être régi par les mêmes règles que lui. Von Bülow. *Deutsche Juristenzeitung*, 1896, p. 432. — Krückmann. *Allgemeine österr. Gerichtszeitung*, 1897, p. 290. — D'autres distinguent selon que le nom noble est composé du nom de famille, auquel se joint une préposition (von, auf, zu), ou du nom de famille et d'un titre de noblesse (Graf, Fürst, Herzog, etc.) ; dans le premier cas, le nom de famille est composé par le nom noble entier avec la particule ; dans le second cas, les parties sont séparables ; le vrai nom de famille suit les règles du C. C. all. le titre de noblesse celles des lois particulières. Krückmann. *Gutachten*, p. 163. — Planck, *op. cit.*, vol. I, p. 67. — Comp. Opet, *op. cit.*, § 29. III. p. 349-350, et *Gutachten*, p. 192.

(2) Sohm. *Deutsche Juristenzeitung*, 1899, p. 8 *seq.* — Dans le même sens, Brettner, *eod. loc.*, 1897, p. 220. — Staudinger, *eod. loc.*, 1898, p. 362. — Dernburg, t. IV, § 87. — Endemann. II. § 206. — Mantey. *Der deutsche niedere Adel und das B. G. B. Arch. f. öff. Recht*, vol. 13, p. 20 *seq.* — Kuntzel. *Gruchot's Beiträge zum deutschen Recht*. vol. 41, p. 443 *seq.* — Poetzsch, *op. cit.*, p. 35-36, etc.

(3) Crome, t. IV, § 616, p. 550, note 26, § 605, note 15. — Stobbe Lehmann. *D. Privatrecht*. vol. I, § 44, n° 8. — Vol. 4, § 323, n° 6.

titres et ordres de quelque nature qu'ils soient (B. V. articles 4 et 12). Le titre de noblesse (Adelsprädikat) n'est donc pas protégé comme tel. Le nom noble n'est pas considéré comme un nom auquel est accolé un titre ou une particule, mais comme un nom unique, formant un seul tout; la seule différence qu'il présente avec les autres noms est qu'il s'écrit en deux mots. La particule ou le titre fait partie intégrante du nom. Il est donc juste que l'enfant porte le nom complet de sa mère. Tel semble être l'avis généralement adopté en Suisse sur cette question (1).

Toutes ces règles, concernant le nom de l'enfant naturel, sont de droit strict (zwingendes Recht) et ne sauraient être modifiées par les conventions des particuliers (2). L'enfant naturel peut, sans doute, changer de nom, en se conformant aux règles du droit commun, mais il ne pourrait, par exemple, du moins en Suisse, prendre le nom de son père, même du consentement de celui-ci (3).

Avant d'abandonner cette intéressante question du nom de l'enfant naturel, il convient de remarquer qu'elle reçoit, en Belgique et en Suisse, deux solutions différentes, selon que le jugement clôt une action en réclamation d'état ou tend seulement à des prestations pécuniaires. Dans le premier cas, l'action entraînant des conséquences quant à l'état civil de l'enfant, celui-ci reçoit le nom de son père. Dans le second cas, l'enfant, selon l'expression très forte du législateur suisse « reste à la mère » (bleibt der Mütter) art. 324 du Code civil suisse. Il n'a donc droit qu'au nom de celle-ci. Tous les effets de la filiation, à l'égard de son père, se réduisent donc à une simple créance d'aliments. Cette situation ne manque pas que d'être fort étrange et illogique : il n'en pouvait être différemment dans le système hybride consacré par les législations belge et suisse.

(1) Meili. *Namensrecht*, § 68, p. 257. — Peyer, *op. cit.*, p. 68. — Egger, ad art. 324, note 2 a.

(2) Schneider. *Kommentar des Zürch. P. Rechtes*, § 690, n° 1.

(3) Peyer, *op. cit.*, p. 67. — Pour l'Allemagne. Planck. ad § 1706, note 3 i,

L'idée générale, qui paraît se dégager de cette étude, c'est que le don du nom n'est pas, comme on le dit souvent, une *conséquence nécessaire de la filiation*. Il n'est donc pas, d'une façon absolue, le signe révélateur de la filiation ; il peut être porté à la fois par l'enfant naturel et le mari de sa mère, sans qu'aucun rapport de parenté s'établisse entre eux. On peut constater, au contraire, une tendance non douteuse du législateur moderne à faire du nom *la marque distinctive de la famille* et à le réserver à ceux qui font partie d'une même famille, d'un même groupe. Nous avons même vu que certains étaient d'avis qu'il fallait protéger énergiquement le nom patronymique et l'attribuer exclusivement aux membres de la seule famille légitime.

CHAPITRE IV

LA VOCATION SUCCESSORALE DE L'ENFANT NATUREL.

La conséquence la plus importante et surtout la plus avantageuse pour l'enfant, que produise le jugement déclaratif de paternité, c'est de conférer à ce dernier une *vocation successorale* sur les biens de son père. Tel est, du moins, le droit que lui reconnaissent les législations appartenant au groupe latin. Mais ce n'est jamais un droit successoral complet qui est conféré à l'enfant illégitime. Sauf, dans certains cas exceptionnels, où la famille légitime n'est représentée par aucun membre, l'enfant naturel ne recueille qu'une quote-part des biens auxquels il eût pu prétendre s'il était issu d'une union régulière. Car il a fallu, pour conserver au mariage son prestige, réserver ostensiblement les faveurs de la loi aux enfants nés de l'union légalement contractée. On a même édicté, en faveur de la famille légitime, certaines mesures de protection destinées à lui garantir l'intégrité de son patrimoine. Nous les étudierons à raison de leur importance, dans un chapitre spécial.

Au point de vue des droits successoraux de l'enfant naturel, le Code civil français apparaît comme l'un des moins libéraux, parmi les législations latines. Mais, depuis la loi du 25 mars 1896, l'enfant illégitime n'est plus appelé à la succession de ses père et mère comme successeur irrégulier, mais comme héritier (1) ; il a droit à une

(1) Aussi, l'enfant naturel qui a obtenu un jugement de déclaration de paternité, peut se prévaloir de son titre d'héritier et de l'effet déclaratif de la reconnaissance pour demander la rescision d'un partage d'une succession liquidée avant le jugement ; il faut supposer que le père est mort et que l'action en recherche de paternité a été exercée contre les héritiers. Ceux-ci ne sauraient avoir droit acquis à leur part successorale à l'encontre d'un héritier,

réserve. Sa situation ne se différencie de celle de l'enfant légitime que par la quotité de sa part héréditaire. En présence de descendants légitimes, l'enfant naturel n'a droit qu'à la moitié de la part qu'il aurait eue, s'il était légitime (art. 758 nouv.). S'il ne trouve, en face de lui, que des ascendants ou des collatéraux privilégiés (frères ou sœurs), il recueille invariablement les trois quarts de la succession (art. 759). Enfin, il succède à la totalité des biens s'il n'existe que des collatéraux ordinaires. Conformément au droit commun, la vocation successorale est réciproque ; quand l'enfant naturel meurt, ses biens sont recueillis par ses parents. Mais comme la parenté naturelle n'a qu'un seul degré, un droit de successibilité n'existe qu'entre l'enfant illégitime et ses père et mère ; aucun lien de ce genre ne l'unit à ses grands parents.

Par l'ordonnance du 3 juillet 1907, relative à la condition juridique des enfants naturels, la principauté de Monaco a intégralement admis les dispositions de la loi française du 25 mars 1896. L'Espagne et le Portugal consacrent des systèmes analogues. D'après le Code civil espagnol, les enfants naturels simples recueillent toute l'hérédité en l'absence de descendants et d'ascendants ; si la famille légitime est représentée, leur part, égale à celle d'un enfant légitime, ne peut être prélevée que sur la quotité disponible. Cette idée, très intéressante en législation, se rencontre également dans le Code portugais. Ici, les enfants illégitimes succèdent à la totalité des biens, s'il n'existe pas de descendants légitimes ; dans ce dernier cas, il convient de distinguer si la reconnaissance de l'enfant naturel a précédé ou suivi le mariage ; si elle a précédé, l'enfant a droit à la réserve des descendants légitimes, diminuée d'un tiers ; si elle a eu lieu pendant le

dont le rang leur est préférable ; et le partage ne saurait être valable car un héritier a été omis. Voy. sur ce point Dijon (Cour), 29 déc. 1913. D. 1913 2.359. *Gaz. Pal.*, 1914 1. 81. — Mais voy. Nancy (Cour), *Gaz. Trib.*, 26-27 janv. 1914. *Gaz. Pal.*, 1914 1.133. — Voy. pour plus de détails, notre chapitre sur « l'applicabilité dans le temps des lois relatives à la recherche de la paternité naturelle ».

mariage, sa part est la même, mais elle est prise sur la quotité disponible qui est toujours d'un tiers. Enfin, s'il y a plusieurs enfants naturels, le total de leurs parts ne doit pas excéder ce tiers disponible qu'ils se partagent entre eux. Cette même solution est aussi consacrée par les législations sud-américaines, attestant, une fois de plus, l'influence prépondérante qu'ont exercée sur ces pays les Espagnols et les Portugais. La succession est d'ordinaire divisée en un certain nombre de parts qui sont attribuées aux divers héritiers. En présence de descendants légitimes, les enfants naturels n'ont jamais droit qu'au cinquième de la succession ; la réserve des enfants légitimes reste intacte ; la part des enfants naturels ne s'accroît que s'il est en concours avec des ascendants ou le conjoint. Cette idée, qui consiste à accorder à l'enfant illégitime, une part à prélever sur la quotité disponible, nous paraît, à tous égards, excellente ; elle permet de concilier, d'une façon très satisfaisante, sans les léser, les droits indéniables de l'enfant naturel et les intérêts primordiaux de la famille légitime.

Le projet italien Scialoja, sur la recherche de la paternité naturelle, prévoit également un accroissement des droits successoraux des enfants illégitimes. Sur ce point, comme sur tant d'autres, le Code civil italien a reproduit les solutions du Code Napoléon, mais en les améliorant assez sensiblement. Il convient de remarquer spécialement la disposition très sage de l'article 744 aux termes duquel les enfants naturels n'ont pas droit au partage en nature de la succession, mais doivent se contenter d'une somme équivalente à la part qui leur reviendrait. Le projet *italien* propose des réformes très importantes. L'enfant naturel *entre réellement dans la famille de son père*. Il est appelé, non seulement à la succession de celui-ci, mais, — progrès considérable — *à la succession de tous les ascendants*. La parenté naturelle cesse d'être limitée à un seul degré ; *elle est désormais aussi étendue que la parenté légitime*. Il en résulte que l'enfant naturel peut même venir par représentation à la succession des ascendants. Dans l'article 15, le projet règle minutieusement la dévolution de la succession de l'enfant illégitime à ses parents. A dé-

faut de descendants, les père et mère, les frères et sœurs et les descendants légitimes de ceux-ci y sont appelés, mais de telle manière que les frères et sœurs nés du même père et de la même mère aient une part double de celle des frères et sœurs nés de père ou de mère différents. Il y a là un curieux souvenir de l'ancien privilège du « double lien ». Le droit de successibilité étant réciproque, les autres ascendants sont appelés à défaut des père et mère (art. 15, al. 2). Enfin, l'article 16 accorde une part de succession (la moitié) au conjoint de l'enfant naturel, mort sans laisser de descendants (1).

Ainsi se dessine et s'affirme un mouvement général, vers une amélioration progressive du sort des enfants naturels. Le législateur ne peut plus les priver de tous droits et de tous avantages, mais il s'efforce, au contraire, de les relever de leur condition inférieure, du moins dans la mesure où sont sauvegardés les intérêts de la famille légitime et la dignité du mariage. C'est surtout d'après la vocation héréditaire qu'on peut apprécier la faveur du législateur à l'égard de l'enfant naturel. On constate, de même, que l'incapacité de recevoir, qui frappe l'enfant naturel reconnu, est sensiblement atténuée. Ainsi, en France, depuis la loi du 25 mars 1896, la capacité de l'enfant naturel n'est limitée qu'en ce qui concerne les donations ; les parents peuvent avantager par testament, de la façon la plus large, leur enfant naturel, s'il n'existe pas de descendants légitimes ; dans ce cas, l'enfant naturel ne peut recevoir qu'une part d'enfant légitime le moins prenant (art. 908, al. 2). Si le législateur n'a pas osé établir lui-même l'égalité de droits entre l'enfant illégitime et l'enfant

(1) Quant à l'enfant naturel, dont la reconnaissance est *interdite*, il reste privé de tout droit de succession ; mais il peut toujours obtenir une *allocation viagère* sur les biens de la succession de ses père et mère ou de tous autres ascendants. Cette allocation peut consister dans une rente de la quote-part à laquelle il aurait eu droit, s'il avait été reconnu, ou dans l'attribution d'un usufruit correspondant sur les biens héréditaires. Les héritiers ont le choix entre ces deux solutions (art. 17 du projet Scialoja). Cette disposition est fort intéressante.

issu du mariage, il a, du moins, permis aux parents de la réaliser.

*
**

Sur cette question des droits successoraux de l'enfant naturel, la solution adoptée par les législations germaniques se différencie très nettement de celle que consacrent les législations latines. Conformément au principe général, d'après lequel l'enfant naturel, étranger à son père, entre dans la famille de sa mère, au même titre qu'un enfant légitime, il ne recueille *aucune* parcelle du patrimoine de son père (1 et 2), mais, au contraire, il a *plein* droit de succession à l'égard de sa mère et des parents de celle-ci. Il est, à tous égards, assimilé à un enfant légitime : il en a tous les droits et tous les avantages. Du côté maternel, aucune incapacité, aucune déchéance n'est attachée à l'illégitimité. L'enfant naturel reçoit ainsi une large compen-

(1) Il fut cependant question, à la deuxième Commission nommée pour examiner le projet de Code civil allemand, d'appeler l'enfant naturel reconnu par acte public ou par jugement à la succession de son père, tout au moins pour une faible part (1/6 du patrimoine), quand le défunt n'aurait pas laissé de postérité légitime. Mais, cette proposition n'eut aucun succès auprès de la majorité de la Commission qui considéra que la vocation successorale n'était point fondée sur la parenté du sang, mais sur la parenté juridique ; d'ailleurs, cette espérance pourrait peut-être inciter la mère à faire du chantage et à commettre des parjures. Voy. *Protokolle*, p. 7433-7436. Une nouvelle tentative fut faite à la 12^e Commission du Reichstag, mais elle fut également vaine. Cf. Rapport du 12 juin 1896, p. 1. — Voy. Haléwyck, *op. cit.*, pp. 98-99.

(2) On remarque cependant que dans deux pays qui se sont ralliés au système germanique, les enfants naturels sont appelés à la succession de leur père. C'est d'abord la Norvège qui assimile l'enfant naturel au légitime dans la famille de sa mère, et accorde à cet enfant, dans la succession de son père, la moitié de la part des enfants légitimes ; s'il n'y a pas d'enfants légitimes, toute la succession revient à l'enfant naturel. De même, la Hollande, bien qu'ayant adopté la conception de la paternité alimentaire, ne peut oublier qu'elle a vécu, pendant un siècle, sous l'empire du Code Napoléon ; aussi, les droits successoraux de l'enfant naturel sont réglés par des dispositions semblables à celles des anciens articles 757 et 758 du C. civ. franç. (art. 910-912 du C. civ. hollandais).

sation des droits qui lui sont refusés dans la famille de son père. Ces solutions sont en harmonie parfaite avec le système sur lequel est organisée, dans les pays germaniques, la parenté naturelle.

Mais nous voudrions insister tout spécialement sur la solution très intéressante que vient de donner le Code civil suisse à la question de la vocation successorale des enfants naturels. Elle est, en effet, fort originale et elle consacre un progrès considérable dans le sens d'une amélioration continuelle du sort des enfants illégitimes. Sur ce point le législateur fédéral a fait preuve d'un esprit d'initiative particulièrement hardi, et d'une générosité que certains mêmes jugent excessive. Après avoir dégagé de l'examen des législations cantonales l'évolution très curieuse qui s'est réalisée sur ce sujet, nous étudierons la solution du Code civil suisse.

Conformément aux principes généraux adoptés en cette matière par le législateur fédéral, tous les enfants naturels sans exception sont rattachés à leur mère par des liens de famille et recueillent sa succession et celle de tous les parents maternels, au même titre et avec les mêmes droits que les enfants légitimes. Aucune différence n'est faite entre eux. Il y a donc lieu d'appliquer *intégralement* toutes les règles touchant la dévolution des successions (1). Mais, à l'égard du père, il faut distinguer entre deux catégories d'enfants naturels: ceux qui « restent à la mère » et n'ont exercé contre le père qu'une simple action alimentaire ne peuvent réclamer de celui-ci qu'une pension d'entretien. Au contraire, les enfants naturels qui ont été l'objet d'une reconnaissance volontaire ou ont obtenu un jugement déclaratif de paternité avec conséquences d'état, outre les droits complets de succession qu'ils ont du côté maternel, sont appelés à recueillir le patrimoine du père et de la famille de celui-ci (2). C'est à cette seule catégorie

(1) Livre III du C. C. suisse, art. 457 et suiv.

(2) On saisit très nettement, à propos de cette question de la vocation successorale, les différences qui distinguent les solutions allemande et suisse de la recherche de la paternité. D'après le C. C.

d'enfants illégitimes que s'appliquent les dispositions du Code civil suisse que nous allons étudier.

Vis-à-vis du père, le Code civil suisse ne fait, *en principe*, aucune différence entre les deux catégories d'enfants, mais il rétablit la distinction dans un cas particulier, en faveur de la famille légitime. Le système adopté dans le projet de 1895 était sensiblement plus modéré. Selon la conception latine, qui fait de la famille naturelle une image diminuée de la famille légitime, on avait restreint, tant du côté paternel que du côté maternel, les droits successoraux de l'enfant illégitime et on les avait fixés à la moitié de la part qu'il aurait eue, s'il avait été légitime (1). On donnait pour fondement à cette vocation héréditaire de l'enfant naturel à la succession de ses père et mère une raison bien factice. « L'enfant illégitime, disait-on, n'est « pas seulement lié individuellement à son auteur, mais « en vertu de la promesse de mariage échangée entre les « parents, il est doublement lié à chacun d'eux » (2). C'était là une faible justification du droit de succession et comment appliquer un tel raisonnement aux cas d'acte criminel et d'abus d'autorité ? Le projet de 1900, abandonnant ce système, part d'un point de vue totalement différent (3). Et c'est une conception toute nouvelle du droit de succession qui se trouve de ce fait consacrée par le Code civil suisse. On assigne couramment, comme base à la vocation héréditaire *ab intestat*, la communauté de sang entre parents : c'est la vieille idée romaine de la dévolution de la succession, d'après la parenté naturelle qui s'était elle-même, après bien des siècles de lutte, substituée à l'ancien système de la parenté civile, et qui constitue peut-être, dans toute l'œuvre de Justinien, l'innovation

allemand, l'enfant naturel n'est *jamais* appelé à la succession de son père ; tandis que dans le C. C. S. il est *susceptible* de recueillir ses biens, s'il a été l'objet d'une reconnaissance volontaire, ou s'il a obtenu un jugement déclaratif de paternité. Il en est de même en Belgique.

(1) Avant-projet de 1895, art. 409, 2° al.

(2) *Exposé des Motifs du C. C. S.* (Huber), I, p. 206.

(3) Avant-projet départemental., 1900, art. 488, 1° col.

la plus grande et la plus féconde, puisqu'elle a été adoptée par toutes les législations du monde qui se sont inspirées du droit romain. Cette théorie, à laquelle le Code civil suisse s'est rallié en principe, conduit en toute logique à une identité et à une égalité rigoureuse de droits successoraux entre parents d'un même degré, d'une même parentèle, pour parler le langage du Code civil suisse. C'est sur ce point spécial que le législateur fédéral s'écarte du sentier battu et édicte des dispositions originales. Il établit un départ entre la situation de la famille paternelle et celle de la famille maternelle, à l'égard de l'enfant naturel. Il part, en effet, de ce principe que la communauté de sang ne suffit pas à fonder le droit de succession, mais il exige qu'entre les successibles existe un véritable *lien moral*, un sentiment profond de la parenté qui ne peut-être créé et développé que par la vie familiale, par le témoignage et l'échange constant d'une affection réelle. Dès lors il est facile de constater que cette « *conscience de la famille* » (1) unit, avec une intensité incomparablement plus forte, l'enfant naturel à sa mère et à ses parents naturels qui l'élèvent et le soignent depuis sa naissance, qu'à son père qui l'a ignoré, repoussé, et qu'un jugement issu d'un procès douloureux, doit rappeler au sentiment du devoir. Aussi l'application du principe qui proportionne entre parents l'étendue des droits successoraux à l'intensité de l'esprit de famille, conduit-elle à cette conclusion qu'à l'égard de la mère et des parents maternels, l'enfant naturel qui est traité, en fait, comme un enfant légitime, doit jouir d'une situation juridique identique. Et c'est précisément la solution consacrée par le Code civil suisse : « Le motif dont s'est inspiré le projet, dit M. Huber, est « que les liens qui unissent l'enfant illégitime à sa mère « sont, en général, bien plus étroits que ceux qui l'attachent à son père, que l'enfant naturel est fréquemment « élevé avec les enfants légitimes de la mère commune, et « que dans le droit actuel, la tendance à l'amélioration « du sort des enfants naturels s'est précisément manifeste »

(1) L'expression est de M. Champcommunal, *loc. cit.*, p. 148.

« tée en ce que ceux-ci ont été assimilés aux enfants légitimes envers la mère et sa parenté » (1). Cette dernière phrase nous révèle, de façon très nette, l'influence qu'ont exercée sur le Code civil suisse les principes germaniques.

Pour ce qui est des relations successorales entre le père et l'enfant naturel, le législateur fédéral — et on ne peut que l'en féliciter — n'a pas adopté la solution brutale et illogique du Code civil allemand, qui frappe l'enfant illégitime d'une complète exclusion et n'hésite pas à admettre ce paradoxe que l'enfant naturel et son père ne sont point parents (2). Le Code civil suisse a même pris, sur ce point, une position singulièrement avancée. Sans doute, il sait reconnaître, à l'occasion, la prééminence de la descendance légitime sur la descendance naturelle. Tenant compte de ce fait que la conscience de la famille est infiniment plus lâche, sinon inexistante, entre les parents du père et l'enfant illégitime qu'entre celui-ci et les parents maternels, il fait subir une diminution de moitié aux droits successoraux de l'enfant naturel, quand ce dernier se trouve en compétition avec des descendants légitimes du père (3). Mais c'est uniquement dans ce cas que la part de l'enfant illégitime est ainsi réduite ; sinon il jouit absolument des mêmes droits successoraux qu'un enfant légitime (4). Donc, en principe, l'assimilation est totale. Et la seule dérogation qu'apporte le législateur fédéral à la règle de l'identité de traitement des descendants naturels et légitimes n'est point fondée sur la dif-

(1) *Exp. des Motifs du C. C. S.*, t. I, p. 204. — Cette solution était, d'ailleurs, toute indiquée par l'évolution des législations cantonales sur ce point. Le législateur fédéral ne pouvait qu'enregistrer ce résultat.

(2) Voy. C. C. all., art. 1589, 2^e al.

(3) C. C. suisse, art. 461, al. 3.

(4) Il va sans dire que par des dispositions testamentaires, les parents sont libres de rétablir, s'il leur plaît, l'égalité absolue entre leurs enfants légitimes et naturels, et même d'avantager ces derniers dans les limites de la quotité disponible. L'enfant illégitime n'est frappé dans le C. c. suisse d'aucune incapacité de recevoir à titre gratuit.

férence de nature de la parenté, sur le vieux préjugé contre l'illégitimité, mais sur un motif impérieux d'ordre social, sur le respect et la faveur que réclament la famille légitime et la dignité du mariage. Tel est bien l'esprit du Code civil suisse. « Ce serait une contradiction « flagrante, dit M. Huber, que d'accorder à l'enfant naturel l'égalité des droits, en général, tout en le déclarant déchu de ceux attachés à la parenté. Ces raisons « doivent nous engager à créer en faveur de l'enfant « naturel une situation légale, dont l'infériorité ne reposera point sur le fait de l'illégitimité de la naissance, « mais résultera d'autres considérations, telles que la protection due au mariage et aux enfants légitimes » (1). C'est ainsi que le législateur fédéral pose le principe de l'égalité rigoureuse de droits de tous les descendants dans la succession de leur père et de leurs parents paternels communs. Cette égalité n'est rompue qu'à titre exceptionnel, et dans le seul intérêt des enfants issus du mariage. Cette audacieuse innovation ne fut pas sans soulever de vives critiques et éveiller bien des craintes (2). M. Mentha, le savant professeur de Neuchâtel, tout en s'associant au grand mouvement d'opinion en faveur des enfants naturels, redoute que l'assimilation de ceux-ci aux enfants légitimes dans la famille paternelle, risque de diminuer le prestige du mariage, puisqu'il sera possible à des personnes vivant en union libre d'assurer à leurs enfants, si le père les reconnaît (ou s'il intervient une déclaration de paternité) les mêmes droits qu'à des enfants légitimes. « Cette observation que j'ai faite à la Commission d'experts n'y a, d'ailleurs pas eu le moindre succès » (3). En effet, M. Mentha, qui se fût peut-être contenté, d'après la solution germanique, de limiter les droits successoraux de l'enfant naturel à la famille de sa mère, proposait cependant d'appeler celui-ci à la succession de son père, mais de son père seulement. Quelle communauté de sentiments et d'intérêts, pour se placer au point de vue du lé-

(1) *Exposé des Motifs* du C. C. S., t. I, p. 204.

(2) Voy. plus loin.

(3) Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, p. 499, note personnelle de M. Mentha.

gislateur suisse, unit donc l'enfant illégitime aux parents de son père ? Surtout, quand il est au bénéfice d'un jugement de paternité avec conséquence d'état, l'enfant n'est-il pas considéré comme un intrus qui s'est introduit de force dans la famille ? Cette protestation ne fut pas entendue (1) et la solution de l'avant-projet fut consacrée sans changement par le Code civil suisse. Qu'il nous soit permis de juger, grâce à une rapide comparaison, avec notre législation française, elle-même très libérale à l'égard des enfants naturels, des progrès considérables réalisés sur ce point par le Code civil suisse. Tandis que, chez nous, les enfants naturels n'entrent jamais dans la famille paternelle ni maternelle et ne sont appelés qu'aux successions de leurs père et mère dans lesquelles ils ne viennent jamais que pour une quote-part réduite, sauf au cas très rare où la famille n'est représentée que par des collatéraux ordinaires, le Code civil suisse les admet invariablement dans la famille maternelle et les assimile à tous égards et en toutes circonstances, à des enfants légitimes ; il consacre la même solution à l'égard du père, quand celui-ci a reconnu volontairement son enfant ou quand il est intervenu une déclaration de paternité. L'enfant naturel hérite, non seulement de son père, mais de tous les parents de son père. Il ne voit sa part restreinte que par la présence d'enfants légitimes ; hors ce cas, il prime tous les ascendants, tous les collatéraux, puisqu'il constitue, à lui seul, la première parentèle.

Il est indispensable de rechercher pour quels motifs le législateur fédéral, dont nous avons constaté à maintes reprises l'esprit de modération, s'est, à propos de cette question, résolument placé en *éclairé* du droit moderne et a fait preuve, en cette matière où l'expérience des nouveautés est si périlleuse, d'un rare courage qui touche presque à la témérité. C'est encore l'histoire de la codi-

(1) *Com. Exp.*, p. 523, *seq.* La Commission du Conseil des Etats réclamait même l'assimilation totale des deux classes d'enfants au point de vue des droits successoraux. V. Discours contraire de M. Wirz. — *Bull.* XV, p. 135. — Cf. *Lehr. Rev. dr. internat.*, 1905, p. 628.

fication helvétique qui va nous expliquer les véritables raisons de cette singulière anomalie du Code civil suisse, et nous verrons alors que, malgré les apparences contraires, ce n'est pas parce qu'il a contredit sa méthode habituelle de conciliation et d'éclectisme, mais bien parce qu'il lui est resté fidèle, d'une fidélité qu'il n'avait peut-être pas le pouvoir de rompre, que le législateur fédéral a dû inscrire dans le nouveau Code cette innovation si hardie et si dangereuse, qu'aujourd'hui tous les juristes de la Suisse (1) appréhendent, comme effrayés de leur propre audace, les conséquences redoutables de cette œuvre d'avant-garde.

Il est particulièrement intéressant de parcourir, à propos de cette question des droits de succession des parents naturels, les lois et codes des divers cantons de la Suisse. Nous y trouvons les solutions des plus variées et des plus violemment opposées : sur certains points du territoire, on en est resté aux très anciennes idées qui refusaient tout droit de succession aux enfants naturels et, par contre, dans d'autres cantons, on ne distingue pas les légitimes et les illégitimes. Entre ces deux positions extrêmes, qui marquent, l'une le terme initial et l'autre l'aboutissant de toute une évolution — s'étagent les solutions intermédiaires. Et ainsi les législations suisses nous offrent cette occasion unique de pouvoir faire, si l'on peut dire, de l'histoire dans l'espace, puisqu'elles nous permettent d'embrasser, d'un seul regard, et simultanément, les nombreuses phases et les étapes diverses par lesquelles est passée successivement une grande idée en marche. De même que dans les vitrines du Muséum, des préparations anatomiques ou des modelages retracent et étalent dans l'espace, aux yeux du visiteur, les différents stades du développement d'un embryon humain ou les modifications progressives des membres ou des dents d'un animal, dont l'évolution s'étend sur des milliers de siècles.

(1) Voy. Rossel et Mentha, *loc. cit.*, — H. Robert, *op. cit.*, p. 370 et suiv. — Maurice Clerc. *Le système des parentèles et la succession des héritiers du sang*, *op. cit.*, p. 199 et suiv.

Entrons donc dans le vaste et riche musée des législations cantonales suisses, et nous pourrions contempler un tableau complet des lentes transformations qu'ont subies les droits de succession de l'enfant naturel (1). Nous trouvons, d'abord dans les coutumes de la Suisse primitive : Schwyz, Uri, Obwald et Nidwald (2), des vestiges de la vieille conception germanique, qui *exclut* de toute succession l'enfant illégitime. Celui-ci n'est admis à réclamer que des aliments et non pas même à sa mère, mais aux héritiers légitimes de celle-ci; la loi récente d'Obwald du 10 juin 1901 confirme encore l'ancien droit coutumier et consacre un bien singulier système de dévolution de successions : après avoir rappelé que les enfants naturels n'ont aucun droit de succession, elle décide que les descendants légitimes d'un enfant naturel succèdent à la mère de celui-ci lorsque leur grand'mère n'a pas d'enfants légitimes elle-même, ainsi qu'à leurs autres parents maternels. Inversement, les enfants naturels qui n'ont point d'enfants légitimes laissent leur succession non pas à leur mère, mais à leurs autres parents naturels. Un premier progrès consistera à appeler l'enfant naturel à la succession de sa mère ; il est réalisé par la loi de Lucerne (3), qui assimile, sur ce point particulier, les illégitimes aux légitimes. Puis le droit de l'enfant s'étend à la succession des ascendants maternels et des collatéraux privilégiés (canton de St-Gall) (4); enfin, les illégitimes sont admis au même titre que les légitimes dans toute

(1) Voy. sur la question des droits de succession de l'enfant naturel dans les législations cantonales, Huber. *System.*, t. II, p. 111 et suiv. — Rossel et Mentha, t. I, *Introduction*, p. 26, 27, 35. — Lardy. *Les législations civiles de la Suisse*, p. 196.

(2) A Nidwald, une loi du 6 mars 1886 confirme le principe de l'exclusion de l'enfant naturel des familles paternelle et maternelle, mais appelle l'enfant à la succession de son père et de sa mère. Ainsi, un progrès commençait à se dessiner dans ce canton.

(3) Lucerne. C. civ., art. 415. Cette exclusion de la succession du père est tempérée par une disposition qui permet au père de laisser à son enfant naturel, même en concours avec des héritiers des deux premières parentèles, la moitié de ce qu'il aurait recueilli, s'il eût été légitime.

(4) Saint-Gall, art. 43-46.

la famille de leur mère et ils y ont plein droit de succession. C'est le système adopté par le Code civil allemand : nous le rencontrons dans les cantons de la Suisse allemande : Zurich, Schaffouse, Zug, Thurgovie, Grisons, Bâle-Ville et Bâle-Campagne (1).

Une étape décisive est franchie par les législations qui admettent l'enfant naturel à la succession de son père, ce sont surtout les cantons de la Suisse romande qui se rallient à ce système qui est celui du Code civil français ; il importe de remarquer que, dans ce cas, la vocation de l'illégitime à la succession de son père a pour contre-partie une diminution de l'étendue de ses droits dans la succession maternelle (2). Le principe aboutit alors à une identité de traitement de l'enfant naturel, vis-à-vis de son père et de sa mère ; il recueille, dans chacune de ces successions, une quote-part variable suivant la qualité des héritiers légitimes. C'est la conception latine qui organise en diminuant ses proportions, la parenté naturelle sur le modèle de la parenté légitime. Il en est ainsi à Genève, à Fribourg et à Vaud (3) où l'enfant naturel, en concours avec des enfants ou des descendants légitimes, a droit tant dans la succession paternelle que dans la succession maternelle, à la moitié de la part qu'il aurait eue s'il eût été légitime ; s'il est en compétition avec des ascendants ou des collaté-

(1) Zürich, P. G., art. 893 ; Schaffouse, P. G., art. 835 ; Zug, P. G., art. 267 ; Thurgovie, P. G., art. 53 ; Grisons, C. civ., art. 500 ; Bâle-Ville, loi du 10 mars 1884, art. 49 ; Bâle-Campagne, loi du 20 avril 1891, art. 40.

(2) Cependant, toutes les nuances étant représentées dans les législations cantonales suisses, nous trouvons un terme intermédiaire entre ces deux tendances : c'est le canton d'Argovie qui, tout en assimilant l'enfant naturel au légitime dans la succession de sa mère, lui accorde des droits considérables dans la succession du père qui se l'est fait attribuer par autorité, et dans celle de ses ascendants maternels et même paternels, lorsque l'enfant suit la condition du père. Argovie (art. 488), et Appenzell Rh. ext., loi 28 avril 1861, art. 12, le père peut laisser, par disposition testamentaire, toute sa succession à l'enfant naturel reconnu volontairement ou judiciairement, à défaut de descendants légitimes ou de conjoint.

(3) Genève, C. civ., art. 737 modifié. — Fribourg, *lex cit.*, art. 41. — Vaud, C. civ., art. 547.

raux privilégiés, on lui accorde la moitié de la succession à Vaud et à Neuchâtel (1), les deux tiers à Fribourg et les trois quarts à Genève où il prime tous les ascendants et collatéraux, à l'exception du père et de la mère du *de cujus*. Dans le canton du Valais (2), en présence de descendants légitimes, sa part n'est que du tiers, et dans le Tessin (3), il n'a droit, en ce cas, qu'à des aliments. A Appenzell Rhodes-Int., il ne recueille jamais dans les successions paternelle et maternelle, que la moitié de la part de l'enfant légitime (4).

Enfin ce stade intermédiaire a été dépassé. Et nous trouvons des cantons qui assimilent totalement à un légitime, tant dans la succession de la *mère* que dans celle du *père*, l'enfant naturel reconnu. Telle est la solution consacrée par la loi bernoise du 4 juillet 1863, qui donne à l'enfant illégitime un droit complet de succession, tant dans la famille maternelle que dans la famille paternelle, quand le père a reconnu spontanément son enfant par acte passé devant notaire et deux témoins (5). Il en est de même à Soleure, quand l'enfant a été attribué au père, sur la demande de celui-ci, par l'autorité compétente (6). Le canton de Glaris

(1) Neuchâtel, C. civ., art. 615. A signaler la curieuse disposition du Code neuchâtelois qui accorde à l'enfant naturel, en présence de descendants légitimes, les deux tiers de la portion héréditaire qu'il aurait eue s'il avait été légitime ; mais sa part n'est jamais prélevée que sur la quotité disponible, la réserve des enfants légitimes doit rester intacte.

(2) Valais. C. civ., art 784. Ce Code interdit au père toute libéralité à l'enfant naturel au delà de sa part légale de succession, mais seulement au cas où il y a des descendants légitimes, sinon l'enfant naturel peut recevoir la moitié ou les trois quarts de la quotité disponible. Le Jura bernois a conservé le principe français dans son intégralité : incapacité absolue de l'enfant naturel de recevoir des libéralités de ses parents.

(3) Tessin, C. civ., art. 397. Dans le seul cas où il n'y a pas de descendants légitimes, les parents peuvent laisser à l'enfant illégitime toute la succession.

(4) Appenzell. Rh. Int., loi 29 avril 1906.

(5) Berne, loi du 4 juillet 1863 ; Appenzell Rh. Int., loi du 29 avril 1906.

(6) Soleure. C. civ., art. 545-546.

a inscrit également dans sa loi du 5 mai 1890 le principe de l'assimilation, mais l'enfant naturel n'obtient les droits d'un légitime dans la succession de son père qu'autant que celui-ci, dans la procédure ouverte contre lui, a avoué sa paternité (1). Il convient enfin d'ajouter à cette liste les législations du groupe de Zurich qui traitent l'enfant de fiancés (*Brautkind*) à l'égal d'un enfant légitime, et lui confère en particulier un plein droit de succession dans la famille de son père et de sa mère (2).

Nous comprenons maintenant, en présence de quelle situation complexe s'est trouvé le législateur fédéral. Comment concilier des dispositions aussi dissemblables et aussi disparates ? Il eût peut-être préféré prendre, sur ce point comme sur les autres, quelque position intermédiaire susceptible de rallier tous les suffrages. Mais il se trouvait en présence de législations dont la plupart avaient adopté des conceptions particulièrement avancées sur les droits successoraux des enfants naturels, et les avaient presque portés au maximum de leur développement. Or, s'il est encore possible de hâter une évolution, on ne remonte pas le cours de l'histoire. Le législateur ne peut pas ignorer le chemin parcouru, il ne saurait faire rétrograder ceux qui ont pris résolument la tête du mouvement, et, méconnaissant leur généreuse initiative, les contraindre à renier leur œuvre de progrès et à revenir à des institutions qu'ils ont abandonnées, parce qu'elles leur paraissaient d'un plan de civilisation inférieure. Et c'est pourquoi, parmi ces solutions si diverses, le rédacteur du Code civil suisse a dû choisir la plus hardie. Mais, tandis qu'il forçait les cantons retardataires à faire un brusque saut en avant, il calmait leurs craintes en sauvegardant efficacement les droits intangibles des enfants légitimes, et en conférant à ceux-ci un véritable privilège à l'égard des enfants naturels. Ce souci de protection de la famille légitime était d'ailleurs commun à la plupart des législations cantonales, qui avaient traité avec faveur l'enfant naturel.

(1) Glaris, P. G. art. 298-300.

(2) Zurich, P. G. art. 686 ; Schaffouse, art. 266 ; Thurgovie, art. 202.

L'explication que nous proposons sur la genèse de l'article 461 du Code civil suisse se trouve confirmée notamment par M. Mentha lui-même. Cet éminent juriste, qui s'était élevé contre l'adoption d'un système aussi avancé, reconnaît qu'il était en quelque sorte *imposé* au législateur par les conceptions libérales de certains cantons. « Il « était inadmissible, dit-il, d'obliger les cantons qui avaient « réalisé l'assimilation des enfants naturels aux enfants « légitimes, et qui la considéraient justement comme une « précieuse *conquête sociale* de l'immoler au principe de « l'unification du droit et de consentir à un *progrès à rebours*. Néanmoins, afin de ne pas rompre trop brusquement avec le passé, on a fait une concession aux régions « de la Suisse, qu'une assimilation intégrale eût inquiétées » (1).

Avant de quitter cette intéressante question des droits de succession de l'enfant naturel dans le Code civil suisse, il importe de dire quelques mots du mode de calcul à adopter pour déterminer la part de l'illégitime. L'article 461, alinéa 3, est ainsi conçu : « Lorsque, dans la famille paternelle, un parent naturel ou son descendant est en concours avec des descendants légitimes du père, son droit « est réduit à la moitié de la part afférente à un enfant « légitime ou à ses descendants. » Remarquons tout d'abord que cette réduction des droits de l'enfant naturel ne s'est opérée que dans la succession paternelle. Dans la succession de sa mère, quelle que soit la qualité des autres héritiers, il ne subit aucune diminution et est assimilé à tous égards à un enfant légitime.

Des divergences d'opinions se sont manifestées, parmi les auteurs, sur le sens qu'il convenait de donner à l'expression, en vérité peu précise, de l'article 461 : « moitié « de la part afférente à un enfant légitime ». On est frappé dès l'abord, par l'analogie apparente de cette disposition du Code civil suisse avec celle du Code civil français sur le même sujet : « Si le père ou la mère a laissé des descendants légitimes, le droit de l'enfant naturel est de la moi-

(1) Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, titre 13, p. 500.

« tié de la portion héréditaire qu'il aurait eue s'il eût été « légitime » (1). On interprète généralement (2) ce dernier texte en ce sens, que l'enfant naturel a droit à la moitié de la part que confère la loi à un enfant légitime. Soit par exemple, une succession à laquelle sont appelés deux légitimes et un enfant illégitime. Celui-ci prendra la moitié de la part qu'il aurait eue s'il eût été légitime, c'est-à-dire $\frac{1}{2} \times \frac{1}{3} = \frac{1}{6}$ de la succession totale. (3) Cette interprétation ne paraît pas répondre aux vœux du législateur. M. Huber, exposant le système de l'article 488 de l'avant-projet (461 du Code civ. s.) disait d'une façon très saisissante : « Wenn « der Uneheliche in der Beerbùng gegenüber der väterlichen Verwandtschaft konkurriere mit Ehelichen der gleichen Nähe, so solle er mit einer Hand erben, wo der Eheliche mit *zwei Händen* zùgreife » (4). Cette déclaration très nette, confirmée depuis par son auteur (5), réclame le mode de calcul suivant : pour déterminer le droit de l'enfant naturel, on commence par lui attribuer une part et on la double au profit des enfants légitimes (6). En langage plus vulgaire, on le compte pour un et chaque légitime pour deux. Ainsi, pour reprendre l'exemple cité plus haut, dans une succession à laquelle sont appelés un enfant naturel et deux légitimes on fait $1+2+2 = 5$ parts. On donne $\frac{1}{5}$, (et non $\frac{1}{6}$) à l'illégitime et $\frac{2}{5}$ à chaque légitime. Imaginons une hypothèse un peu plus compliquée : X meurt en laissant un fils légitime A, un fils naturel C, un enfant légitime E et un enfant naturel D d'un fils légitime prédécédé B. Nous divisons la succession en 2 (A)+1 (C)+2 (E et D représentant B). Ainsi, le fils légitime A aura $\frac{2}{5}$, l'enfant naturel C $\frac{1}{5}$; la portion héréditaire de B légitime prédécédé est de $\frac{2}{5}$ qui se partagent entre ses représentants :

(1) Art. 758 du C. civ. fr., modifié par la loi du 25 mars 1896.

(2) Voy. Planiol, t. III, n° 1831 et suiv., et la critique de cette interprétation n° 1833 et la note.

(3) Cette interprétation est donnée par MM. Rehfoùs et Martin. *Introduction à l'étude du Code civil suisse*, p. 105.

(4) *Com. Experts*, p. 522.

(5) *Bulletin*, XV, p. 1321 ; *Message fédéral*, p. 50. « Das eheliche Kind erhält *zwei* Teile, und das uneheliche nùr *einen* Teil ».

(6) Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, titre 13, p. 501-502.

le petit-fils illégitime D prend une part, c'est-à-dire $\frac{2}{5} \times \frac{4}{3} = \frac{8}{15}$ et le légitime E deux parts, c'est-à-dire $\frac{2}{5} \times \frac{2}{3} = \frac{4}{15}$ de la succession totale (1). On pourrait multiplier les exemples et compliquer les situations. Qu'il nous suffise de connaître le principe, qui préside au partage, et le mode de calcul qui doit être employé pour satisfaire la formule de la loi : « le droit de l'enfant naturel est réduit à la moitié de la part afférente à un enfant légitime ». Ainsi, la disposition de l'article 461 du Code civil suisse apparaît comme plus libérale encore que celle de l'article 758 nouveau du Code civil français.

Ajoutons enfin, qu'à la mort de l'enfant naturel, ses descendants constituant la première parentèle sont appelés à recueillir sa succession. A défaut de postérité, c'est à la deuxième parentèle composée de son père et de sa mère, et, le cas échéant, des descendants de ceux-ci qu'échoit la succession. S'il n'y a pas d'héritiers dans la deuxième parentèle, on passe à la troisième, celle des grands-parents et ainsi de suite. Si l'enfant naturel n'a pas été reconnu par son père ou n'est pas rattaché à lui par un jugement de déclaration de paternité, il n'a plus que des parents maternels qui sont ses seuls héritiers (2).

(1) Ces exemples sont empruntés à l'ouvrage de MM. Rossel et Mentha, *loc. cit.*,

(2) Pour plus de détails sur le système des parentèles, consulter Rossel et Mentha, t. I, titre 13.

CHAPITRE V

LA QUESTION DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

Le problème de la recherche de la paternité naturelle soulève également la grave et délicate question de la puissance paternelle. En effet, le jugement déclaratif de paternité ne confère pas seulement à l'enfant des droits ; il le soumet, du moins dans les législations latines, à la puissance du père. Nous ne pouvons consacrer de longs développements à cette question qui nécessiterait une étude spéciale (1). Nous nous bornerons seulement à indiquer les principales solutions et les grandes tendances.

Comme dans les législations latines, la famille naturelle est organisée sur le type de la famille légitime, la puissance paternelle est de *plein droit* dévolue à celui des père et mère qui a reconnu l'enfant. Le père peut donc, lui aussi, être appelé à exercer la puissance paternelle : cette solution a été expressément admise par le rapporteur au Sénat français (2). M. Viollette dit également : « L'enfant suit la « bonne et la mauvaise fortune de son père » (3). C'est l'application du droit commun. Mais, cette conséquence du jugement déclaratif de paternité a été l'objet des plus vives critiques. On s'est effrayé de voir le pouvoir si redoutable de la puissance paternelle, la mission si délicate d'élever et de défendre un enfant, confiés à un homme qui n'est animé envers son enfant que de sentiments de haine, et qu'un procès douloureux a aigri et blessé. On demande

(1) Consulter sur cette question Roux, *op. cit.* — Rousseau. *La minorité des enfants naturels*. — De La Grasserie. *La tutelle en droit comparé*, Paris 1912.

(2) Guillier. Rapp. au Sénat, 1908, n° 369, p. 44.

(3) Viollette. Rapp. à la Chambre 1911, p. 25. — Voy. Galopin, *op. cit.*, n° 46, p. 35.

done de l'affection à un ennemi, on réclame du dévouement d'un lâche. Il est inutile d'insister sur les graves dangers auxquels une telle situation peut exposer l'enfant. Nous reviendrons d'ailleurs plus longuement, dans nos conclusions, sur ce point particulier. Contentons-nous pour l'instant, d'exposer les faits positifs.

D'ailleurs, on sait qu'en France, depuis la loi du 2 juillet 1907, la question de la puissance paternelle des enfants naturels est minutieusement réglée. Le père n'a, à cet égard, aucun droit de préférence sur la mère (1). En effet, la puissance paternelle sur les enfants naturels légalement reconnus est exercée par celui de leurs père et mère qui les aura reconnus *le premier*. Or, il arrivera très fréquemment, surtout dans le cas où une action en paternité sera dirigée contre le père, que l'enfant aura été préalablement reconnu par sa mère. Il en serait de même, s'il existait à son profit un jugement de déclaration de maternité. Il suffit que l'acte de reconnaissance ou le jugement soient intervenus à une date antérieure à celle où la décision établissant la filiation paternelle de l'enfant est passée en force de chose jugée, pour que celui-ci reste sous la puissance de sa mère. Par conséquent, en fait, il sera relativement rare que le père ait à exercer la puissance paternelle sur l'enfant naturel qui a obtenu contre lui un jugement déclaratif de paternité. Cependant, si la mère vient à décéder, le père se trouvera investi de plein droit de ce pouvoir. Il convient cependant de remarquer que le tribunal peut, s'il le juge nécessaire, modifier la dévolution légale de la puissance paternelle. « Le « tribunal *peut* toutefois, dit l'article 383 nouveau, *si l'intérêt de l'enfant l'exige*, confier la puissance paternelle « à celui des parents qui n'en est pas investi par la loi ». Cette disposition contient, à notre avis, un très précieux

(1) En Belgique, si le père et la mère ont l'un et l'autre reconnu l'enfant, la puissance paternelle leur est commune. Il n'y a aucune prépondérance du père sur la mère. Ils doivent se concerter et agir d'un commun accord. En cas de dissentiment, les tribunaux décident. Voy. Bruxelles, 11 mai 1898 ; *Pasicr.*, 1898.2.235 ; Cf. Galopin. *Etat et capacité des personnes*, p. 386.

correctif du système d'attribution automatique et aveugle de la puissance paternelle à celui des parents qui a reconnu l'enfant le premier. Aussi, pour prévenir les abus, les tribunaux ne devront-ils pas hésiter à faire un usage judicieux et éclairé du pouvoir que leur confère la loi (1). Si le père naturel leur paraît suspect et qu'il doive être légalement investi de la puissance paternelle, le juge agira prudemment en s'opposant à cette dévolution légale. Pénétré de cette pensée que le principe et le but de la puissance paternelle c'est l'intérêt de l'enfant, il aura ainsi mis ce dernier à l'abri d'un danger qui peut lui être fatal, et il ne sera point dans l'obligation pénible de prononcer contre le père indigne la flétrissure dégradante de la déchéance de la puissance paternelle.

C'est en effet, dans l'application des sanctions prévues par la loi du 24 juillet 1889, que le rapporteur au Sénat français conseille d'aller chercher le remède aux abus que peut engendrer l'attribution de la puissance paternelle à un père qui a renié son enfant (2). Mais c'est là une mesure grave, qui ne peut être ordonnée que dans des hypothèses relativement rares. On peut, sans se livrer à l'ivrognerie, ni avoir une conduite scandaleuse, ni même exercer de mauvais traitements sur la personne de l'enfant, nuire très gravement à ce dernier (3). Il est de plus à craindre que l'intervention des tribunaux ne soit tardive et que le mal soit déjà fait et irréparable. Quoi qu'il en soit, les juges,

(1) Cf. De la Grasserie. *Etude critique sur la tutelle des mineurs en droit comparé*, 1912, p. 197. — V. Seine, 20 déc. 1910. D. 1911.5.12.

(2) Guillier. Rapp. au Sénat, 1908, n° 369, p. 44.

(3) Voy. la loi belge récente du 15 mai 1912 sur la protection de l'enfance. La déchéance peut être prononcée, lorsque les père et mère se sont seulement rendus coupables d'une négligence grave dans l'accomplissement de leurs obligations légales (art. 3). Consul. *Commentaire* de M. Horion, Bruxelles, 1913. — Dès avant le vote de la loi du 15 mai 1912, la jurisprudence belge, par une intéressante initiative, permettait aux tribunaux, dans des circonstances graves et exceptionnelles, de prendre certaines mesures dans l'intérêt de l'enfant, et de restreindre les droits de puissance paternelle. Cass. belge, 25 mai 1888. *Pand. belges*. V° *Puiss. patern.*,

usant du large pouvoir arbitraire que leur confère la loi de 1889, ne devront pas reculer devant ce moyen suprême qu'est la déchéance de la puissance paternelle. Mais, à notre avis, ils agiront encore plus sagement en prévenant les abus, qu'en les réprimant.

L'attribution de la puissance paternelle, selon le droit commun, confère en particulier à celui qui en est investi les droits de *correction* et de *garde*. A ce sujet, on lit dans le rapport à la Chambre, ces paroles pleines de sagesse : « Vis-à-vis de la mère, dit M. Viollette, le père est en quel-
« que sorte dans la situation d'un époux *divorcé* à ses
« torts. Son droit de visite sera réglementé et le tribunal
« restera toujours libre de lui confier son fils ou sa fille
« soit immédiatement, soit lorsqu'ils auront grandi, et dans
« la mesure où le commandera l'intérêt de l'enfant » (1). Il est très regrettable, que le législateur latin n'ait pas écrit dans la loi un texte, s'inspirant de ce passage du rapport à la Chambre. La question de la puissance paternelle eût été de la sorte parfaitement réglée. En effet, l'un des principaux griefs que l'on fait à la conception latine de la recherche de la paternité est d'attribuer au « père forcé » des droits sur la personne de l'enfant. Or, ce n'est pas là un vice irrémédiable du système latin. « Il aurait suffi, dit
« fort bien M. Galopin, d'un texte conçu dans le même
« esprit que l'article 302, de la matière du divorce, pour
« donner satisfaction à cette juste considération ; il aurait
« suffi de décider, qu'en cas de jugement de déclaration de
« paternité, l'enfant restera confié à la mère » (2). Les juges doivent se montrer particulièrement prudents dans l'attribution du droit de garde (3). En effet, la personne

n°194 ; Bruxelles, 16 mai 1893. *Pasicr.* 1893.2.317 ; Bruxelles, 10 juillet 1899. B. J., 1890, col. 497. — Bruxelles, 19 fév. 1903, *Pasicr.* 1903. III. 97 ; 8 juillet 1903. *Pasicr.* 1904.3.115 ; 19 janv. 1904. *Pasicr.* 1904.3.183 ; 15 mai 1908, *Pasicr.* 1908.3.255.

(1) Viollette. Rapport à la Chambre, p. 24.

(2) Galopin, *op. cit.*, n° 70, p. 51. — Audenarde, 19 mars 1909. *Pasicr.* 1909.3.305.

(3) Ainsi, le tribunal de Rodez, par un jugement du 12 janvier 1914, a très sagement confié la garde de l'enfant à la mère. *Droit*, 19 mars 1914.

qui est en contact journalier avec l'enfant est celle qui, en fait, exerce la puissance paternelle. C'est elle qui le soigne, le surveille, l'instruit ; elle est donc susceptible d'exercer sur l'âme fragile de l'enfant l'influence la plus heureuse ou la plus néfaste. D'ailleurs, il arrivera le plus souvent que le père se montrera très peu désireux de prendre chez lui l'enfant qu'il veut ignorer ; il se contentera la plupart du temps, de verser la pension annuelle à laquelle le jugement l'aura condamné. Il faut presque souhaiter, dans l'intérêt même de l'enfant, que ses relations avec son père ne soient pas plus étendues : c'est à cette seule condition qu'elles ne lui seront pas nuisibles.

Enfin, le père acquiert certains droits, relativement aux *biens* de l'enfant. La loi du 2 juillet 1907 (art. 389 nouv. du Code civil) confère au père naturel le droit de jouissance légale sur les biens de ses enfants mineurs de 18 ans. Ce droit sera d'ailleurs fort souvent purement théorique, car l'enfant ne possédera d'ordinaire aucun patrimoine personnel. Il est également investi du droit d'administration légale (1). Mais en France, depuis la loi du 2 juillet 1907, le père naturel n'a pas les pouvoirs d'un administrateur libre, mais d'un tuteur légal (2). Il administre, sous le contrôle d'un subrogé tuteur qu'il doit faire nommer dans les trois mois de son entrée en fonctions ou qui est nommé d'office. Il est choisi par le tribunal de première instance faisant fonction de conseil de famille. Le père n'a droit à la jouissance légale, qu'à partir du jour où le subrogé tuteur a été nommé, s'il ne l'a pas été dans les délais fixés (art. 389 C. civ. fr., loi du 2 juillet 1907).

Ainsi donc, dans tous les cas que nous venons d'examiner, les tribunaux jouent un rôle prépondérant ; de larges pouvoirs sont mis à leur disposition. Ils décident vraiment de la vie et de l'avenir de l'enfant ; ils en ont la défense et la responsabilité. Aussi, ne sauraient-ils apporter trop de soin et d'attention à la mission de confiance qui leur est at-

(1) Art. 150 C. civ. espagn. ; art. 166 C. civ. portug. — Cf. Bruxelles, 22 fév. 1910 ; *Belg. Jud.* 1910, col. 510. — Voy. Galopin, *Cours*, p. 387.

(2) Comp., art. 184, C. civ. italien ; art. 292, C. civ. monégasque.

tribuée. C'est d'eux, que dépendent en grande partie le succès ou l'échec des lois nouvelles promulguées dans les pays latins, relativement à la recherche de la paternité naturelle.

*
**

Dans les législations germaniques, la question de la dévolution de la puissance paternelle sur les enfants naturels, ne se pose point dans les mêmes termes. En effet, l'enfant illégitime n'est *jamais* rattaché à son père. Il ne tombe jamais sous sa puissance. Au contraire, il entre dans la famille de sa mère ; mais il ne s'ensuit pas que la puissance paternelle soit d'office attribuée à la mère. Sur ce point spécial, il est apporté une *dérogation* importante au principe d'assimilation totale des enfants légitimes aux enfants naturels dans la famille maternelle. Le Code civil allemand refuse même catégoriquement ce pouvoir à la mère illégitime (art. 1707 du C. c. all.). Le législateur, dit l'Exposé des Motifs, s'est méfié des mères naturelles qui n'offraient pas à ses yeux les garanties suffisantes de moralité pour élever dignement leurs enfants. Elles manquent souvent de bonne volonté (*güten Willen*) et de sérieux (*Ernst*) ; elles ne portent pas à leur enfant le même intérêt que ressent une mère légitime. De plus, les filles-mères appartiennent en général aux classes pauvres de la société, et les nécessités de la vie les forcent à donner leur enfant en garde à des étrangers indifférents. Enfin, la puissance paternelle confère, à celui qui en est investi, le droit d'administration sur les biens du mineur. Il est à craindre que ces femmes à l'esprit léger (*leichtsinnig*) souvent à peine sorties de l'adolescence, n'aient pas l'expérience nécessaire pour gérer utilement le patrimoine de l'enfant. On ne leur donne même pas la puissance des revenus, car elles pourraient être tentées de dépenser, à leur profit personnel, la pension alimentaire destinée à l'enfant ou de gaspiller follement le capital versé par le père (*Abfindungssumme*). Ne serait-il pas honteux que la mère pût ainsi tirer profit de sa faute ? En outre, si elle avait qualité pour représenter l'enfant, c'est elle qui exercerait l'action en recherche de paternité. Il y aurait à

cela de grands inconvénients : ou bien elle abuserait de son droit pour faire du chantage et provoquer le scandale, ou bien elle sacrifierait l'intérêt de l'enfant au désir de conserver les bonnes grâces de son amant, et alors elle garderait le silence ou soutiendrait mollement sa cause (1).

Telles sont les raisons que donne le législateur allemand de la mesure de défiance qu'il a prise, à l'égard de la mère naturelle. Il est inutile de dire que ce système absolu a soulevé de vives critiques (2). On s'est particulièrement élevé contre cette psychologie fruste et brutale, qui accorde toutes les vertus aux mères légitimes et accable de tous les vices les filles-mères, auxquelles on refuse même l'amour de leurs enfants. N'eût-il pas suffi, pour prévenir et réprimer les abus, de laisser au tribunal des tutelles le soin de décider, selon les circonstances, et de prendre les mesures nécessaires (3). En fait, la règle admise par le Code civil allemand est tempérée par l'application qui est faite de l'article 1778, 3^e alinéa. Aux termes de cet article, quand la mère naturelle présente de suffisantes garanties de moralité et de capacité, le tribunal des tutelles peut la nommer tutrice de son enfant (4). Il paraît, qu'en pratique, les juges font un fréquent usage de cette faculté (5). Grâce à ce correctif, le système, allemand est heureusement modifié et mieux adapté aux circonstances.

(1) *Motifs du C. c. all.* IV, p. 860 et suiv. ; *Protokolle*, p. 6190 ; *Kom-Ber*, p. 159-160 ; Cf. Discours des députés Auer et Bebel contre cette disposition. Séance du 26 juin 1896 ; *St. Ber.*, p. 2988-2989.

(2) Opet, *op. cit.*, § 35, p. 369-370.— Bülling, *op. cit.*, p. 17 et suiv. Hachenbürg, *op. cit.*, p. 12 et suiv.

(3) Cf. Jastrow. *Recht der Frau*, p. 172.

Dernbürg critique également cette disposition du C. c. all. : « On craignait, dit-il, le danger que peut faire courir à un enfant une mère à l'esprit léger et aux mœurs dissolues. Mais on lui confie la personne de l'enfant. Quelle inconséquence ! La personne de l'enfant se trouve, de ce fait, encore plus en péril que ses biens ». Dernbürg, IV, § 87, note 5, p. 279.

(4) Art. 1778, al. 3. C. c. all.

(5) Haléwyck, *op. cit.*, p. 77.

Ainsi, la mère prend soin seulement de la *personne de l'enfant*. Elle doit l'élever (*erziehen*), le surveiller (*beaufsichtigen*), fixer sa résidence (*Aufenthalt bestimmen*) (1). Les soins que doit fournir la mère comprennent aussi bien les soins physiques (*Sorge für das leibliche Wohl*) que les soins nécessaires au développement moral et intellectuel de l'enfant (*Sorge für das geistige Wohl*) (2). La mère peut user de moyens de correction convenables (*angemessener Züchtmittel*) et requérir au besoin l'aide du tribunal des tutelles (3). Elle peut, en particulier, exiger la restitution de l'enfant retenu illégalement par une autre personne (4). Ce pouvoir de revendication, qui rappelle l'*interdictum de liberis exhibendis* est, paraît-il, d'un emploi fréquent en pratique, car des parents n'hésitent pas à exercer sur l'enfant une sorte de droit de rétention (*Zurückbehaltungsrecht*) afin de pouvoir toucher la pension d'entretien (5).

Quant aux autres droits, qui font partie de la puissance paternelle, ils sont confiés à un *tuteur légal* qui est une sorte de conseil (*Beistand*) (6). Il représente l'enfant, il a la mission spéciale d'intenter l'action en recherche de paternité, il veille aux intérêts pécuniaires du pupille. Il a charge de soutenir (*unterstützen*) et de surveiller (*überwachen*) la mère dans l'exercice du droit partiel de puissance paternelle qui lui reste, et de dénoncer au tribunal des tutelles les cas où il doit intervenir (7). Il a donc un droit de contrôle sur les actes de la mère et remplit à son égard, les fonctions d'un subrogé tuteur (*Gegenvormund*) vis-à-vis du tuteur. Au reste ses pouvoirs en tant qu'ad-

(1) Art. 1631, al. 1, C. c. all., art. 1707 ; Voy. Planck, ad art. 1707 note 2 c.

(2) Planck, ad art. 1707, note 2 a. — Hirsch, *op. cit.*, p. 12. — Opet, *op. cit.*, p. 194.

(3) Art. 1631, al. 2. C. c. all. — *Motifs*, IV, p. 753.

(4) Art. 1632 C. c. all.

(5) Voy. Aüll in *Hessische Rechtsprechung*. 1. IV, 1903.

(6) Art. 1707 C. c. all. ; Voy. Rosenthal, *Kommentar*, p. 424. — Poetzsch, *op. cit.*, p. 38. — Cf. art. 1687 et suiv. C. c. all.

(7) Art. 1663-1666, C. c. all.

ministrateur du patrimoine sont ceux d'un tuteur ordinaire (1).

Enfin le *tribunal des tutelles* exerce un pouvoir général de *direction* et de *surveillance*. Il peut, pendant toute la durée de la puissance paternelle, modifier les mesures prises par lui (art. 1671 du Code civil allemand). Il vient en aide à la mère, tranche les différends qui s'élèvent entre elle et le tuteur (2) (art. 1629 Code civil allemand). Il exerce aussi un pouvoir de surveillance très énergique et très efficace sur la gestion du tuteur, recourant au besoin à des peines disciplinaires (3). Dans les cas graves, il peut également retirer à la mère le droit de prendre soin de la personne de l'enfant. Tout d'abord, il est possible de prononcer, comme en France et en Belgique, la déchéance de la puissance paternelle, quand le père ou la mère ont subi des condamnations, à raison d'un crime commis contre l'enfant (art. 1680 Code civil allemand). Mais de plus, le tribunal des tutelles a le droit et le devoir de prendre les mesures nécessaires pour écarter le danger, lorsque le bien-être moral ou matériel de l'enfant est mis en péril par le fait que le père ou la mère abuse du droit au soin de l'enfant, qu'il néglige celui-ci ou qu'il se rend coupable d'une conduite infâme (ehrlos) ou immorale (unsittlich) (4). Les tribunaux n'hésitent pas à faire un usage fréquent de ces pouvoirs. Il suffit que la mère ne soit pas en état de donner à l'enfant les soins nécessaires (5) ou qu'elle ne se soucie pas de lui faire fréquenter l'école (6) : elle se rend alors coupable de négligence envers lui (Vernachlässigkeit) ; ou bien elle abuse de son

(1) Art. 1802 et suiv. C. c. all.

(2) Planck, ad. art. 1707, note 3 c. Voy. Opet, *op. cit.*, § 35, note 11 p. 368.

(3) Art. 1837, 1838, C. c. all.

(4) Art. 1666. C. c. all.

(5) Warneyer. *Kommentar* ad art. 1717, n° 2. — Voy. Ober. L. Ger. Dresden. 29 V. 1900 ; Bayer. Ober. L. Ger. 4 oct. 1900, *Rechtsprechung des O. L. Ger.* vol. 2, p. 89.

(6) Warneyer, ad art. 1666 ; R. G. 17. II. 1902 ; voy. *Protokolle* IV, p. 575.

droit, quand elle le corrige outre mesure et sans raison (Miszbraùch) (1). Dans tous ces cas, le tribunal des tutelles peut prendre toutes les mesures nécessaires dans l'intérêt de l'enfant. Il peut apporter des restrictions au droit de la mère sur la personne de l'enfant et même le lui retirer entièrement (2).

Nous avons déjà dit, que si la mère paraît offrir des garanties suffisantes de moralité et de capacité, le tribunal des tutelles peut lui confier le rôle de tutrice (3).

Le Code civil suisse s'est rallié en principe sur ce point à la solution germanique qui refuse l'exercice de la puissance paternelle à la mère (4). Mais son système est infiniment plus souple. Sans doute, la mère naturelle n'exerce pas de plein droit la puissance paternelle, mais l'autorité tutélaire *peut* la lui conférer. (art. 324 Code civil suisse). Tel est l'heureux correctif de la mesure de défaveur prise contre les filles-mères. Le système absolu du Code civil allemand avait cependant trouvé des partisans au Conseil National. M. Zürcher se fit le défenseur de la tutelle obligatoire des enfants naturels (5). Mais cette propo-

(1) Warneyer, ad art. 4666 ; R. G. 23, XII, 4901 ; Cf. R. G. 21. V. 1900. — Bayer. Ob. L. Ger. I. p. 1452.

(2) Voy. sur l'applicabilité de l'art. 1666 C. c. all. arrêt de Dresde du 22 juillet 1901, dans *Annalen der königl. sächs. Oberlandesger.* — Quand la mère est déchue du droit de soigner l'enfant, elle perd du même coup le droit de le garder près d'elle et de le fréquenter (Verkehr). — Cf. Planck. ad art. 1707, note 3 a.

(3) Cf. art. 1669 C. c. all. 1845, 1887, al. 1. — Opet, *op. cit.*, § 35, p. 367.

(4) Les législations cantonales étaient très divisées sur ce point. Les unes confient l'enfant à la mère. Soleure, C. civ. art. 305. — Fribourg, *lex cit.*, art. 39. D'autres le mettent sous la tutelle du père. Glaris. C. civ. art. 173 ; Zürich. C. civ. art. 303 ; Schaffouse. C. civ. art. 267 ; Thurgovie C. civ. art. 203 (quand l'enfant est un enfant de fiancés). Vaud, C. civ. art. 196. — Un grand nombre de législations laissent l'enfant à la mère, pendant ses premières années et le confient ensuite au père. Neuchâtel, C. civ. art. 250, 251 ; Valais, art. 151, 152.

(5) *Bulletin*, 1903, p. 831.

sition fut combattue par M. Huber qui s'éleva contre la rigueur aveugle et brutale de ce principe, et plaïda éloquemment la cause des mères naturelles qui, elles aussi, sont susceptibles de dévouement et d'amour envers leur enfant, et ne méritent pas le cruel affront d'être jugées indignes d'exercer la puissance paternelle (1). C'est à l'autorité tutélaire qu'incombe la délicate mission de discerner avec la plus grande liberté d'appréciation, dans quels cas la mère présente les qualités nécessaires pour qu'on lui confie, en toute sûreté, la garde des intérêts moraux et pécuniaires de l'enfant (2). Il est certain, que si l'on considère d'une part, le milieu auquel appartiennent d'ordinaire les mères naturelles, et d'autre part, la prudence et la circonspection dont fait preuve l'autorité tutélaire, l'enfant sera, la plupart du temps, remis à un tuteur et exceptionnellement soumis à la puissance paternelle de sa mère. Dans cette dernière hypothèse, la mère est privée du droit de diriger de sa seule autorité l'éducation et l'instruction de l'enfant (3). Pour tout ce qui concerne le soin de la personne de l'enfant, elle doit suivre les conseils du tuteur ; elle ne peut davantage représenter l'enfant (4) et n'a pas le droit d'administration et de jouissance sur ses biens (5). De même, les divers consentements, dont a besoin l'enfant pour se marier, se faire émanciper ou adopter, doivent être donnés par celui qui est investi de la puissance paternelle, ou par l'autorité tutélaire (6). Il va sans dire, que la mère a le devoir de remplir dignement son rôle de mère et de prendre soin de son enfant, comme le ferait une mère légitime (7). Tant que le tuteur ne juge pas utile de retirer l'enfant des mains de la mère,

(1) *Bulletin*, 1905, p. 836.

(2) Cf. Peyer, *op. cit.*, p. 75, art. 311, al. 2. — C. c. suisse, art. 361.

(3) Voy. art. 275.2, 276, 277, C. c. s.

(4) Art. 279 C. c. s.

(5) Art. 290, 292, C. c. s.

(6) Art. 15, 96, 2° al. 265, 2° al. C. c. s.

(7) Art. 324.2 et 289.1. C. c. s.

celle-ci peut user du droit de correction qui lui est conféré, en vertu d'une délégation partielle des pouvoirs du tuteur (1). Enfin, l'enfant doit à sa mère obéissance et respect ; tous deux se doivent mutuellement l'aide et la considération qu'impliquent de bons rapports de famille (2). Bref, une telle situation n'est point spéciale à la mère naturelle : elle est celle de la mère légitime à laquelle la puissance paternelle a été retirée, ou qui a été mise en tutelle.

Mais à côté des enfants qui « restent à leur mère », il y a ceux qui ont été reconnus *volontairement* par leur père, ou qui ont obtenu un *jugement déclaratif de paternité*. Dans ce cas, lequel des parents naturels exercera la puissance paternelle ? L'enfant naturel continue de faire partie de la famille de sa mère ; mais il vient d'être rattaché également à son père. Ce conflit, le législateur fédéral le résout de la façon la plus satisfaisante, en prenant pour seul guide l'intérêt de l'enfant. C'est à l'autorité tutélaire qu'est confiée la délicate mission d'investir de la puissance paternelle la personne qui paraît le plus digne et le plus apte à exercer cette importante fonction : « *L'autorité tutélaire*, dit l'article 324 al. 3 du Code civil suisse, « *peut conférer la puissance paternelle au père ou à la mère* ». Le père naturel, de même que la mère, n'est donc pas investi d'office de la puissance paternelle (3) ; il ne jouit d'ailleurs, à l'égard de la mère, d'aucun droit de préférence. L'autorité tutélaire reste souverainement libre de prendre, sur ce sujet, la décision qui lui semble préférable. Elle doit toujours s'inspirer de l'intérêt de l'enfant : aussi, son choix portera sur celui des père et

(1) Voy. Peyer, *op. cit.*, p. 69.

(2) Art. 271 et 275 C. c. s.

(3) A la différence des parents légitimes (cf. art. 288 C. c. s.), les parents naturels n'étant pas investis d'office de la puissance paternelle, ne sont pas admis à saisir les tribunaux de la mesure de défiance prise à leur égard par l'autorité tutélaire. Par contre, ils peuvent porter plainte contre les décisions arbitraires de l'autorité auprès de la juridiction inférieure dans les cantons qui autorisent cette procédure. — Voy. Peyer, *op. cit.*, p. 79, 142, 143.

mère, dont la condition sociale et la moralité seront les gages d'une bonne éducation pour l'enfant (1). Ainsi, l'autorité tutélaire peut, si elle le juge utile, conférer la puissance paternelle à la mère naturelle (2) ; celle-ci a alors tous les droits d'une mère légitime (3). Elle peut même, si elle considère le père et la mère comme également impropres à exercer la puissance paternelle, placer l'enfant en tutelle. Mais, supposons qu'il existe un conflit entre la mère, antérieurement investie de la puissance paternelle, et le père, contre lequel vient d'intervenir un jugement déclaratif de paternité. Que se passera-t-il ? Le Code civil suisse ne connaît pas une disposition analogue à celle du Code civil français d'après laquelle la puissance paternelle appartient à celui des parents naturels, qui a reconnu le premier l'enfant. Cette solution était impossible dans le Code civil suisse qui exclut la reconnaissance de la part de la mère, puisque la filiation maternelle résulte du seul fait de la naissance, et ne réclame aucun acte ni aucune déclaration. Au reste « cette course de vitesse » (4) comme on l'a appelée, ne révèle pas toujours l'affection, mais cache souvent un dangereux traquenard. Si donc la

(1) Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, p. 386.

(2) L'autorité tutélaire hésitera d'autant moins à conférer la puissance paternelle à la mère naturelle, que le C. c. s. a placé aux côtés de celle-ci une personne chargée de faire les premières démarches et de veiller aux intérêts de l'enfant. C'est l'institution de la *curatelle obligatoire*. (Voy. notre travail. Chapitre sur la procédure, pages 413 et suiv.)

(3) La mère peut également être nommée tutrice de son enfant naturel, mais on ne conçoit pas l'avantage de cette mesure dans le C. c. s. puisqu'on peut conférer à la mère la puissance paternelle. La mère tutrice n'a pas la jouissance légale sur les biens de son enfant mineur : c'est là toute la différence qui la sépare de la mère, investie de la puissance paternelle. De deux choses l'une, ou la mère est indigne, et on ne peut lui confier aucun pouvoir, ou elle est digne, et on doit lui laisser tout entier son rôle de mère. On a donc pu dire que la nomination de la mère naturelle comme tutrice, très utile dans le C. c. all. « ne rime à rien » dans le C. civ. suisse (Voy. H. Robert, *op. cit.*, p. 151 et suiv.).

(4) Champcommunal, *loc. cit.*, p. 143.

mère exerce la puissance paternelle sur son enfant, au moment où celui-ci obtient un jugement de déclaration de paternité, elle ne conserve pas nécessairement ses fonctions. Il y a lieu, en quelque sorte, à *réélection*. Le Message fédéral indique même qu'en ce cas, le tribunal des tutelles doit normalement donner la préférence au père, à moins que la mère n'offre plus de garanties d'affection et de moralité (1). Mais, comprenant tout ce qu'il y a de pénible pour une mère de se voir brutalement enlever son enfant, lorsqu'elle avait commencé à l'élever, et appréciant également le danger que fait courir à la vie si fragile du nouveau-né cette brusque séparation, le législateur fédéral, avec beaucoup de tact et de délicatesse, dispose que la mère a le droit de conserver avec son enfant, s'il vit sous la puissance du père, les relations personnelles indiquées par les circonstances (angemessener persönnlicher Verkehr) article 326 1^{er} alinéa. Le père ne pourrait s'opposer à l'exercice de ce droit de la mère (2).

Mais, le législateur suisse va plus loin encore. Les combinaisons qu'il autorise sont infiniment variées. Sa sollicitude à l'égard des enfants naturels est inlassable. Songeant que les soins de la mère sont particulièrement indispensables à l'enfant pendant ses premières années, il permet à l'autorité tutélaire « de conférer à la mère, soit d'office, « soit à la requête de celle-ci, la puissance paternelle *jus-*

(1) *Message fédéral*, p. 41; Cf. Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, p. 386. L'Union féministe avait émis un vœu tendant à ce que la puissance paternelle fut confiée de préférence à la mère, et seulement à titre subsidiaire au père, en cas d'incapacité ou d'indignité de la mère. Cette idée était d'ailleurs puisée dans les législations cantonales. Ainsi, Fribourg, distinguant entre la reconnaissance volontaire et la reconnaissance forcée, règle de la façon suivante la dévolution de la puissance paternelle : en cas de reconnaissance volontaire, le père exerce, à dater de celle-ci, la puissance paternelle. Dans les cas prévus à l'art. 11 (reconnaissance forcée) la puissance paternelle reste à la mère (art. 32, *lex cit.* de Fribourg ; cf. art. 196 C. civ. vaudois. Ce système, très rationnel, est assez séduisant.

(2) Egger, ad art. 326, note 1. — Curti Forrer, ad art. 326, note 3.

« qu'à ce que l'enfant ait atteint un certain âge et de ne la rendre au père qu'après l'expiration du temps fixé ». (art. 326 Code civil suisse). La solution inverse est d'ailleurs également possible (1). Il y a donc, en ce cas, une sorte de partage de la puissance paternelle avec attribution successive. Cette mesure peut être très précieuse quand l'autorité n'a pas voulu organiser la tutelle ni exclure totalement le père (2). Bref, le législateur s'en remet à l'autorité tutélaire, du soin d'appliquer ces heureuses dispositions au mieux des intérêts de l'enfant. Elle jouit à cet égard, de la plus entière liberté d'appréciation. Ses décisions sont d'ailleurs toujours soumises à révision (3) : elle peut, sans même avoir besoin de prononcer des déchéances, retirer la puissance paternelle à la personne à laquelle elle l'avait conférée, si celle-ci se montre incapable, ou se rend coupable de malversations ou de négligence.

Enfin, le Code civil suisse complète cet excellent système par l'heureuse disposition de l'article 327 : « Lors-
« que l'autorité tutélaire confère la puissance paternelle
« au père ou à la mère, elle *détermine en même temps*
« *leurs droits sur les biens de l'enfant* ». Ainsi donc, les droits d'administration et de jouissance légales sur les biens de l'enfant ne sont pas le corollaire nécessaire de l'exercice de la puissance paternelle. Si l'autorité a des doutes sur la capacité ou la probité du parent auquel elle veut confier la puissance paternelle, elle peut limiter, dans la mesure qu'elle juge convenable, les pouvoirs sur le patrimoine de l'enfant. Il est possible que les deux droits de jouissance et d'administration ne se trouvent pas réunis sur la même tête. Ils peuvent être disjointes (4). L'autorité, pour prendre ces décisions, doit s'inspirer du seul intérêt

(1) Curti Forrer, ad art. 326, note 10.

(2) Voy. *Bulletin* XV, p. 1200 ; Egger, ad art. 326, note 2.

(3) Egger, ad art. 324, note 4. — Curti Forrer, ad art. 324, notes 11 et 13.

(4) Cf. Curti Forrer, ad art. 327, notes 6 à 10. — Egger, ad article 327.

de l'enfant (1). Ainsi, la puissance paternelle qui, d'ordinaire, est confiée ou refusée en bloc, se trouve décomposée par le législateur fédéral en ses divers éléments ; ce qui permet à l'autorité tutélaire de doser avec sagesse les pouvoirs qu'elle confère et de les proportionner aux garanties d'affection, de moralité, d'expérience des affaires, que présentent les parents naturels. Ce principe est des plus remarquables en législation (2). On ne saurait trop admirer la souplesse et la prudence de ce système. Les intérêts de l'enfant naturel ne sauraient être sauvegardés et protégés par des mesures plus efficaces.

Si le père naturel est ainsi limité dans ses droits à l'égard de ses enfants, il assume, par contre, toutes les obligations d'un père légitime. Il est tenu de fournir tous les subsides nécessaires à l'entretien, l'éducation, l'instruction de l'enfant. En un mot, il a, vis-à-vis de lui, les mêmes devoirs qu'à l'égard d'un enfant légitime. Le Code civil suisse le déclare en propres termes : « Les obligations du père sont « les mêmes que si l'enfant était légitime » (3). Les prestations pécuniaires dues à l'enfant naturel, qui a exercé une simple action alimentaire, sont remplacées à l'égard de l'enfant qui a obtenu un jugement de déclaration de paternité avec conséquences d'état, par l'acquittement des obligations dérivant de la puissance paternelle (4).

On ne peut que féliciter hautement le législateur fédéral d'avoir réglé avec autant de soin la délicate question de la puissance paternelle sur la personne de l'enfant naturel. Il a compris la nécessité de prendre d'efficaces mesures de protection, et il les a organisées avec une prudence et un tact parfaits. Entre les solutions extrêmes des législations latines et du Code civil allemand, il a su tenir le juste milieu. Les dispositions du Code civil suisse sur ce point sont plus souples et mieux adaptées à la vie que

(1) Curti Forrer, ad art. 327, note 6. — Egger, *loc. cit.* •

(2) Voy. art. 166 du C. civ. espagnol. — Comp. Bruxelles, 2 nov. 1907. *Pasicr.* 1908.3.102.

(3) Art. 325, al. 2, C. c. s.

(4) Cf. art. 309, al. 3 C. c. s. — Art. 273 et suiv.

celles du Code civil allemand qui refuse invariablement et par principe l'exercice de la puissance paternelle à la mère naturelle. Le législateur fédéral s'est aussi montré plus prudent et plus avisé que le législateur français, qui investit d'office, et sans examen, de cette délicate fonction, celui des père et mère qui a le premier reconnu l'enfant, quitte à lui retirer ce pouvoir, lorsque le mal est déjà fait. « Sous ce rapport, disent MM. Rossel et Mentha, l'autorité tutélaire est armée beaucoup plus complètement qu'elle ne l'est contre les parents légitimes » (1). La précaution est indispensable, car les garanties de moralité et de dévouement offertes par les parents naturels sont de moindre valeur, et les dangers encourus par l'enfant sont plus grands. Sur ce point, comme sur tant d'autres, le législateur fédéral a fait œuvre de progrès : il a su trouver la solution juste, élégante, conforme aux sentiments et aux besoins de la conscience moderne. Il y a beaucoup à retenir de ses précieux enseignements. En effet, il s'est inspiré de ce *principe supérieur en législation, qui consiste à prévenir pour ne pas avoir à réparer*. Il est encore facile d'éviter le mal, il est beaucoup plus malaisé de réparer ses ravages, surtout quand ils se sont exercés sur le corps frêle et l'âme vierge de l'enfant. Les pernicieux exemples, le vice, les mauvais traitements laissent sur lui d'ineffaçables empreintes et compromettent toute sa destinée. A quoi bon prononcer la déchéance des parents quand il est déjà trop tard ! Il faut reconnaître, avec M. Champcommunal, que les dispositions du Code civil suisse, relatives à la dévolution de la puissance paternelle aux parents naturels, sont d'une « louable prudence ». « L'enfant ne se trouve « plus livré sans garantie à un parent peut-être indigne. « *Au lieu de prononcer la déchéance, il y a besoin d'investiture*, et le contrôle antérieur peut éviter bien des misères » (2).

(1) Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, p. 386.

(2) Champcommunal, *loc. cit.*, p. 142.

CHAPITRE VI

MESURES DE PROTECTION PRISES DANS L'INTÉRÊT DE LA FAMILLE LÉGITIME.

Les effets de la filiation naturelle étant fort étendus dans les législations appartenant au groupe latin, la plupart d'entre elles contiennent des dispositions qui restreignent les droits de l'enfant naturel, quand ils se trouvent en conflit avec ceux de la femme et des enfants légitimes. L'action présente ainsi moins d'attrait ; par suite le chantage a moins d'occasions de s'exercer ; on n'intente pas une action aussi grave sans espérer en retirer d'appréciables profits. De plus, il est de principe que les faveurs de la loi doivent être ostensiblement réservées aux membres de la famille légitime, afin de conserver au mariage sa primauté. Enfin, il paraît nécessaire de sauvegarder l'union et la dignité du foyer conjugal et de le protéger contre l'irruption des enfants naturels et des irréguliers.

L'article 337 du Code civil français est le *type* de ces dispositions légales édictées dans l'intérêt de la famille légitime. Il a pour objet de limiter les effets de la filiation naturelle, lorsque la reconnaissance de l'enfant illégitime a eu lieu, au cours du mariage de son auteur, avec une personne autre que son père ou sa mère illégitimes. « La reconnaissance faite pendant le mariage, dit l'article 337, par l'un des époux au profit d'un enfant naturel qu'il aurait eu, avant son mariage, d'un autre que de son époux, ne pourra nuire ni à celui-ci, ni aux enfants nés de ce mariage. Néanmoins, elle produira son effet après la dissolution de ce mariage, s'il n'en reste pas d'enfants ». Cette même disposition a été adoptée par les législations belge (art. 337 du C. Nap.), et monégasque (art. 234).

Sans vouloir étudier dans ses moindres détails l'article

337 du Code civil français, il nous faut cependant essayer de définir son esprit, de préciser son but et de déterminer succinctement ses principales conséquences.

Voici quelle est la situation prévue par le Code. Un homme qui a eu un enfant naturel, avant de contracter mariage, se marie ensuite avec une autre femme que la mère de l'enfant. Puis il reconnaît cet enfant au cours du mariage. Ce dernier va donc acquérir des droits importants, droits au nom, à l'entretien, à la succession, qu'il pourrait faire valoir à l'encontre de la femme et des enfants légitimes et qui leur porteraient ainsi un grave préjudice. Il y a donc opposition de deux intérêts contraires, il y a conflit entre la parenté naturelle et la parenté légitime. C'est toujours à celle-ci que, par principe, par parti pris, le législateur donne la préférence. Les rédacteurs du Code justifiaient cette décision en disant que l'époux qui, sans révéler à son conjoint l'existence d'un enfant naturel, se rend coupable d'une injure grave, d'un manque de loyauté, d'une violation de la foi promise. « Ce serait violer la foi sur laquelle le mariage a été contracté » (1), disait Bigot-Préameneu. En effet, l'époux qui s'est marié pour fonder une famille a compté que rien ne viendrait réduire les droits de ses enfants et les siens ; il ne pouvait prévoir l'arrivée de cet intrus qu'est l'enfant issu d'une union irrégulière. Il faut donc protéger la famille légitime contre cette surprise et cette attaque inopinée ; elle ne peut être prospère que par le maintien de la paix dans le ménage et du bon accord entre époux. Nous nous réservons le droit de critiquer cette argumentation par laquelle on a coutume de justifier la disposition de l'article 337 du Code civil français.

Mais quels sont ses effets ? Il n'a pas pour but d'interdire ou d'annuler la reconnaissance faite dans les conditions qu'il prévoit. Il restreint seulement les effets de la filiation naturelle, chaque fois que le droit réclamé par l'enfant illégitime porterait préjudice, « nuirait » dit le texte, à la femme et aux enfants nés du mariage. La recon-

(1) Loqué, t. III, p. 95 et 139.

naissance est donc frappée d'une sorte d'*inefficacité relative*, en ce sens que l'enfant ne peut faire valoir ses droits aux dépens des membres de la famille légitime. Nous allons indiquer brièvement quelles sont les principales conséquences de cette règle ; certaines d'entre elles sont l'objet de vives controverses ; il n'entre pas dans le cadre de cette étude de les résoudre.

Ainsi, au cas de décès de son auteur, l'enfant naturel ne peut exercer son droit de succession s'il se trouve en présence d'enfants légitimes ou du conjoint survivant ; car ils leur nuiraient en réduisant leurs parts.

On admet généralement que l'enfant ne peut faire réduire les donations et les legs faits par le défunt à son conjoint. Cependant, cette solution est controversée (1). On discute également la question de savoir si l'enfant naturel, ainsi reconnu, est capable de recueillir les libéralités entre vifs ou testamentaires que son père ou sa mère auraient pu faire en sa faveur (2).

Au contraire, l'enfant naturel reconnu pendant le mariage peut porter le nom de son père ; il est soumis à sa puissance paternelle, car on admet généralement que la disposition restrictive de l'article 337 ne concerne que les intérêts pécuniaires (3). On devrait aussi décider en bonne logique que le droit d'obtenir des aliments lui est refusé. Cette importante question mérite un examen spécial ; aussi, afin de ne pas alourdir notre développement, nous l'étudierons à part, quelques pages plus loin.

L'article 337 ne s'applique que si la reconnaissance a été faite *au cours du mariage*. Si donc elle a eu lieu antérieurement au mariage, elle produit son plein effet, bien qu'elle ait pu rester ignorée de l'autre conjoint. C'est la

(1) Laurent, t. IV, n° 132. — Huc, t. III, n° 99. — Planiol, t. I, n° 1497. — Mais comp. Demolombe, t. V, n° 476. — Aubry et Rau, t. VI, § 568 quater noter 8. — Douai, 25 fév. 1903. D. 1904.2.385 note Planiol.

(2) Nîmes, 6 juin 1877 et Cass. 28 mai 1878. D. 78.1.401 et la note de Beudant S. 79.1.337 et note de Labbé. — Cf. Planiol I, n° 1500.

(3) Cf. Capitant et Colin, *op. cit.*, I, p. 342. Planiol, t. I, n° 1498.

date de l'acte de reconnaissance qui importe. De même, il faut décider que l'article 337 ne s'applique pas, quand la reconnaissance se produit après la dissolution du mariage, c'est-à-dire après la mort ou le divorce (1). Cependant, il y a aussi surprise dans cette hypothèse, et les enfants légitimes se trouveront lésés par l'exercice des droits de l'enfant naturel (2).

Enfin, le dernier alinéa de l'article 337 dispose que la reconnaissance, privée de la plupart de ses effets au cours du mariage, les recouvre après la dissolution du mariage, s'il n'en reste pas d'enfants. En effet, il n'y a plus de ménage, plus de famille légitime à protéger ; l'enfant naturel peut donc exercer librement et pleinement tous ses droits. Cette solution va de soi. Aussi le législateur belge a-t-il profité de l'occasion qui s'offrait à lui, à propos de la recherche de la filiation naturelle pour biffer le deuxième alinéa de notre article.

En réalité, cette suppression n'a pas eu pour but d'apporter un changement quelconque au principe de l'article 337. Le deuxième alinéa présentait, aux yeux du législateur belge, le double inconvénient d'être *inutile* et *dangereux* (3). Inutile, car il va de soi que, si le mariage est dissous et s'il n'existe plus ni enfants ni conjoint, on n'a plus aucune raison de paralyser les effets de la reconnaissance qui ne saurait « nuire » à personne. Mais cette disposition est aussi dangereuse, car si l'on s'en tenait à sa rédaction vicieuse, on pourrait croire que, seuls, les enfants sont un obstacle au libre et plein exercice des droits de l'enfant naturel, alors que le conjoint est également protégé par l'article 337. Sans doute, la doctrine et la jurisprudence avaient d'elles-mêmes complété le texte, en se conformant

(1) Voy. Douai, 26 fév. 1903, *déjà cité*. On voit que la famille légitime n'est pas parfaitement protégée par l'art. 337. Voy. Demolombe, t. V, n° 461.

(2) Il va de soi, que l'art. 337 est également inapplicable, quand l'enfant reconnu appartient aussi à l'autre conjoint.

(3) Van den Heuvel, ministre de la Justice, Chambre belge 1906, n° 78, p. 104, 1^{re} col. ; Sénat, 1907, n° 180, p. 178.

à l'esprit et au but de la loi. Mais à quoi bon conserver dans le Code des articles inutiles et équivoques ? Nous allons bientôt voir qu'à la place de l'ancien alinéa de l'article 337, le législateur belge a écrit une disposition nécessaire et très heureuse.

Nous avons voulu rappeler ainsi, d'une façon sommaire, les conditions d'application et les conséquences de l'article 337, quitte à revenir sur certains points, avant d'aborder la question très importante et très discutée de savoir si cette disposition concerne aussi bien la reconnaissance judiciaire que la reconnaissance volontaire. Ainsi, nous ne pouvons plus douter de l'intérêt considérable qu'il y a à trouver sur ce point une solution. La famille légitime est-elle ouverte largement, sans défense, aux enfants naturels ou bien au contraire est-elle efficacement protégée contre leurs tentatives d'invasion ? Il y va de la dignité du mariage et de l'union du foyer conjugal.

Dès avant la loi du 16 novembre 1912, la question que nous examinons faisait l'objet des plus vifs débats en doctrine et en jurisprudence. Elle se posait, en effet, à propos de la recherche de la maternité naturelle. Nous ne voulons pas reprendre ici, pour notre compte, une discussion à laquelle ont pris part les plus grands juristes. Qu'il nous suffise de résumer les débats et d'indiquer les positions actuelles de la doctrine et de la jurisprudence relativement à ce sujet.

Indiquons tout d'abord les principaux arguments qu'on fait valoir d'ordinaire contre la thèse de l'extension de l'article 337 à la reconnaissance judiciaire. Cet article, dit-on, est un texte exceptionnel ; il apporte, dans une hypothèse déterminée, une dérogation aux règles générales qui régissent les effets normaux de la filiation naturelle. Or, il est de principe que toute exception est d'interprétation stricte. *Exceptio est strictissimæ interpretationis*. Il est donc illégitime d'appliquer un régime de rigueur à des individus dont la situation n'a pas été formellement prévue par la loi. De plus, il semble bien que le texte de l'article 337 ne vise pas la reconnaissance judiciaire ; il parle seulement de reconnaissance *faite* pendant le mariage *par*

l'un des époux. Or, quand il y a recherche en justice de la filiation, on ne saurait dire qu'il y a eu reconnaissance faite par l'époux. C'est plutôt contre lui et malgré lui que le rapport de filiation a été constaté. Enfin nous avons vu que les rédacteurs du Code civil justifiaient la disposition de l'article 337 en disant que la reconnaissance faite par l'époux d'un enfant qu'il a eu d'un autre que de son conjoint, constitue un manque de loyauté, une fraude, une violation de la foi jurée. Or, il est indéniable qu'il ne peut y avoir violation de la foi conjugale qu'autant que la reconnaissance est le résultat d'un acte volontaire et libre de l'époux. C'est, au contraire, malgré tous ses efforts, malgré sa résistance, que la reconnaissance a été faite. « Si nous recourons à l'*Exposé des Motifs*, dit Laurent, nous y lisons qu'il ne peut dépendre de l'un des époux de changer le sort de la famille en y appelant des enfants naturels. Tout ce que dit Bigot-Préameneu suppose une reconnaissance faite par la mère. Quand c'est l'enfant qui agit contre elle, peut-on dire que c'est elle qui appelle l'enfant ? Quand c'est l'enfant qui force sa mère à le reconnaître, peut-on dire que c'est la mère qui change le sort de la famille, en violant la foi du contrat » (1). Cette thèse de la non assimilation de la reconnaissance judiciaire à la reconnaissance volontaire est défendue par les meilleurs auteurs (2).

Cependant, toutes ces raisons de textes ne sont pas très convaincantes. Tout au plus l'argument tiré du caractère exceptionnel de l'article 337 serait-il de nature à éveiller les scrupules d'un juriste. Quant aux autres, ils ne sauraient soutenir une critique sérieuse. Si l'on veut s'attacher à discuter la rédaction de l'article 337, on peut faire remarquer que cette disposition, ainsi que celles des articles 340 et

(1) Laurent, t. IV, n° 130.

(2) Laurent, *loc. cit.* — Toullier, t. II, n° 958. — Huc, t. III, n° 97. — Baudry-Lacantinerie et Chéneaux, t. III § 724. — Planiol, t. I, n° 1504. — Capitant et Colin, t. I, p. 342, 343. Trib. Seine, 26 avril 1859. S. 60.2.119. — Paris, 9 mars 1860. D. 60.2.148. On ne trouve pas d'arrêts récents en ce sens. Voy. cep. Bruxelles, 3 mai 1899. *Pasicris.* 1900, III, 241.

341, sont écrites dans le Code civil, sous la rubrique générale : « *De la reconnaissance des enfants naturels* ». Le Code ne fait donc aucune distinction ; quand il emploie le mot « reconnaissance », il désigne également la reconnaissance volontaire et la reconnaissance judiciaire. Et puis, d'une façon générale, il est dangereux, à notre avis, de s'en tenir à des raisons de textes et de grammaire ; c'est ainsi qu'on prête au législateur des intentions qu'il n'a jamais eues, ou qu'on détourne les dispositions légales du but en vue duquel elles ont été écrites. On en arrive ainsi à adopter des solutions en contradiction manifeste avec la raison et le bon sens. C'est Laurent, dont les principes rigoureux en matière d'interprétation sont bien connus, qui avouait lui-même que les conséquences du système qu'il soutenait relativement à la portée de l'article 337 étaient *ridicules* (1). Au contraire, il convient de s'appliquer à comprendre la pensée et les intentions du législateur, à pénétrer l'esprit et à saisir le but des dispositions qu'il a écrites. Pour cela, on fouille les travaux préparatoires et l'on découvre qu'en édictant l'article 337 le législateur a voulu punir la violation de la foi jurée. Et l'on se déclare satisfait ; on adopte, sans la critiquer, cette justification dénuée de tout fondement. Sans doute elle nous est fournie par les rédacteurs mêmes du Code civil ; mais elle apparaît d'une façon manifeste comme un argument de façade, inventé après coup pour légitimer une disposition dont les raisons sont beaucoup plus profondes et beaucoup plus graves. Si cette explication de l'article 337 était vraie, il faudrait décider, en bonne logique, que ce texte s'applique aussi à la reconnaissance faite antérieurement au mariage, mais tenue secrète par son auteur : ce ne devrait pas être la date de la reconnaissance qui serait prise en considération, mais plutôt le fait que cet acte, à quelque époque qu'il ait été accompli, a été connu ou ignoré de l'autre conjoint.

Il est d'ailleurs faux de croire que les dispositions d'un

(1) Laurent, *loc. cit.*

Code sont écrites dans un intérêt individuel ; c'est, au contraire, uniquement dans un intérêt *soci*al qu'elles sont édictées. Il ne faut pas les voir sous l'angle de l'individu, mais sous l'angle de la société *sub specie humanitatis*. Et alors, si nous nous plaçons à ce point de vue, nous comprenons clairement que l'article 337 n'a pas été écrit en vue de punir des manquements à la parole donnée, mais dans le but de maintenir l'union et la paix au foyer conjugal, de sauvegarder les intérêts et les droits de la famille légitime, d'assurer sa prospérité et d'affirmer sa primauté sur toutes les unions irrégulières. Pour pénétrer l'esprit de l'article 337, il ne faut pas le détacher arbitrairement des autres dispositions du Code civil. Il appartient à un ensemble de mesures, à un système puissant et logique qui, avant que des lois récentes aient compromis cette harmonie, faisait de la famille légitime un cercle étroit, fermé aux étrangers, un groupe fort, uni, indissoluble. L'article 337 constitue l'un des ouvrages de défense les plus efficaces de cette forteresse qu'est la famille légitime et sur laquelle repose tout l'édifice social.

Mais alors, si l'on admet que tel est le véritable but du législateur et si l'on veut rester fidèle à sa pensée, il faut convenir que le danger encouru, le préjudice subi par la famille légitime à la suite de l'immixtion inattendue d'un enfant naturel sont aussi graves, aussi désastreux que l'époux ait volontairement reconnu l'enfant ou que la filiation de celui-ci ait été constatée par jugement. En quoi l'union conjugale est-elle moins troublée par une action en réclamation d'état, par des débats publics, douloureux, parfois scandaleux, que par une reconnaissance volontaire, rapide et discrète ? Pourquoi faire une différence entre deux situations où la famille légitime est exposée aux mêmes périls et peut-être à de plus dangereux encore, quand l'époux est traîné devant les tribunaux. Le préjudice moral et pécuniaire dont est victime la famille légitime, est aussi important, quel que soit le titre qui constate la filiation de l'enfant naturel. L'époux est toujours blessé par une telle révélation ; les enfants légitimes n'ont plus le même respect pour un père, une mère, qui s'est

dérobé aussi lâchement au devoir le plus sacré. Toute la famille subit inévitablement une crise dont elle ne se relèvera peut-être jamais. Et puis, il y a les intérêts pécuniaires des membres de la famille légitime qui sont lésés par la reconnaissance de l'enfant ; et cette atteinte à la bourse est encore plus pénible à la plupart des gens que tout préjudice moral. C'est elle qui est le plus vivement ressentie ; elle aigrit les caractères, elle est le ferment de toutes les discordes et de toutes les colères. Comme l'a fort bien dit Demolombe : « Quelle est la cause de la mésintelligence
« entre époux ?... Est-ce principalement le mauvais pro-
« cédé du conjoint qui a fait une reconnaissance pendant
« le mariage ? Non pas en vérité. Ce qui aurait par-des-
« sus tout blessé et indigné l'autre époux, ce sont les effets
« de cette reconnaissance, c'est le dommage qui en serait
« résulté pour lui et ses enfants » (1). Enfin, s'il fallait faire une différence entre la reconnaissance volontaire et la reconnaissance judiciaire, au point de vue de l'application de l'article 337, combien il serait facile de tourner la loi : l'époux, qui voudrait garantir à son enfant naturel le plein exercice de ses droits, au lieu de le reconnaître volontairement, n'aurait qu'à se laisser intenter le procès en réclamation d'état et pourrait même à loisir fournir à son pseudo-adversaire des armes contre lui.

En définitive, si le vrai but de l'article 337 est de protéger la famille légitime, de prévenir les rudes assauts qui pourraient l'ébranler, et de maintenir sa cohésion et son unité, il ne faut pas hésiter à conclure, d'accord avec la logique et avec l'esprit du Code civil, que cette disposition s'applique à *toute reconnaissance faite pendant le mariage*, qu'elle soit *volontaire* ou *judiciaire*. Cette solution est d'ailleurs admise aujourd'hui par une jurisprudence constante, en matière de recherche de maternité (2). Elle

(1) Demolombe, t. V, n° 466.

(2) Paris 23 janvier 1860. S. 1860.2.118 ; Cass. 16 déc. 1861. D. 1862.1.39 ; Lyon 17 mars 1863. S. 1863.2.205 ; Douai, 14 déc. 1864. S. 1865.2.167 ; Bordeaux 25 mai 1892. D. 94.2.50 ; Grenoble 20 nov.

déclare arbitraire, illogique, contraire au texte et à l'esprit de la loi toute distinction entre la reconnaissance volontaire et la reconnaissance judiciaire d'un enfant naturel ; le législateur a entendu attribuer des effets identiques à l'une et à l'autre reconnaissance ; ces effets doivent être restreints dans les mêmes cas. Déclarer l'article 337 non applicable à la reconnaissance judiciaire, ce serait, à la fois, « blesser les principes du droit, la morale publique » et la dignité du mariage » (1). En résumé, on peut dire, avec M. Planiol, qui se range cependant parmi les adversaires de la thèse de l'extension, que « *l'assimilation de la reconnaissance judiciaire à la reconnaissance volontaire pour l'application de l'article 337 est aujourd'hui bien établie en jurisprudence et elle est approuvée par la doctrine* » (2).



Mais alors si nous adoptons cette solution en matière de recherche de maternité, nous ne pouvons pas ne pas l'admettre en matière de recherche de paternité. Les mêmes raisons sont valables dans l'un et l'autre cas ; il n'y a pas lieu de faire une distinction. Il eût été sans doute désirable que la loi du 16 novembre 1912 profitât de l'occasion qui s'offrait pour sanctionner législativement l'opinion rationnelle et, à notre avis, très juridique de la jurisprudence. Plus avisés, les législateurs belge et monégasque ont pris soin d'affirmer cette solution ; on en a même profité en

1894. D. 95.2.345. ; 26 juin 1895. D. 96.2.139 ; Douai 26 fév. 1903. D. 1904.1.385, S. 1905.2.145. Les arrêts constatent que la loi ne fait aucune différence entre la reconnaissance volontaire et la reconnaissance judiciaire, et que dans les deux cas, les mêmes motifs réclament aussi impérieusement l'application de l'art. 337. Comp. Delvincourt, t. I, p. 243. — Marcadé, art. 337, n° 7. — Demolombe, t. V, n° 466. — Beudant, *Etat et capacité des personnes*, t. 2, n° 599. — Aubry et Rau, 4^e éd. t. VI, § 568 quater, p. 187, texte et note 17. — Vigie, t. I, n° 590. — Dall. *Rép.* n° 693. *Suppl.* v° *Paternité*, n° 299.

(1) Cass. 16 déc. 1861, (*Motifs*) D. 62.1.39.

(2) Planiol note sous Douai, 26 fév. 1903, déjà cité.

Belgique pour modifier utilement le texte de l'article 337. La loi française, nous l'avons dit, est muette à cet égard. dans les rapports, au cours des débats, aucune allusion n'a jamais été faite à ce sujet. Les auteurs de la loi se sont contentés de déclarer leur volonté de ne faire aucune différence entre les enfants naturels, qu'ils aient été ou non volontairement reconnus. Mais cette solution a été indiquée d'une manière générale et il n'apparaît pas qu'à aucun moment on ait eu l'intention de viser plus spécialement telle disposition particulière du Code civil. Nous avons déjà dit que le projet élaboré par la commission du Sénat contenait un article ainsi conçu : « Les effets de la reconnaissance judiciaire prévue par la présente loi sont les mêmes que ceux qui dérivent de la reconnaissance volontaire constatée par acte authentique » (art. 7 du projet). Cet article ne figure pas dans le texte de la loi de 1912. Mais il n'a été supprimé que parce qu'on a jugé qu'il énonçait une vérité évidente par elle-même. C'est le *droit commun* qui s'applique en l'absence de disposition spéciale, c'est à lui « qu'il faut se rapporter, nous dit M. Viollette, dans tous les cas où la proposition de loi reste muette » (1). Or, l'article 337, que la jurisprudence applique à toute reconnaissance volontaire ou judiciaire fait partie de ce droit commun. Retournant maintenant contre les adversaires de l'extension de l'article 337, l'argument dont ils usaient avec tant d'assurance, nous dirons que c'est l'article 337 qui est devenu le droit commun, et qu'il faudrait un texte exprès pour apporter une exception à son principe. Certes, le législateur français n'a pas ratifié la solution de la jurisprudence, mais il ne l'a pas davantage infirmée ; il s'en est remis au droit commun. Il n'a pas voulu créer de différence entre les enfants naturels reconnus judiciairement, et ceux qui ont fait l'objet d'une reconnaissance volontaire ; il n'a pas entendu les traiter plus durement, ni non plus les favoriser. Le même régime doit donc être appliqué aux uns et aux autres (2). La rai-

(1) Rapport à la Chambre. Viollette 1911, p. 22, 23.

(2) En ce sens. Wahl *loc. cit.*, n° 111, p. 82. — Brun, *op. cit.*,

son et la logique l'ordonnent. D'ailleurs, cette solution est tellement conforme au bon sens et à l'esprit de la loi que, spontanément, les législateurs belge et monégasque l'ont consacrée. Et comment l'ont-ils fait ? Tout simplement en adoptant cette disposition générale que « le jugement qui « déclare la filiation naturelle produit les mêmes effets « que la reconnaissance » (art. 341 c). Et les auteurs considèrent que, par cette formule large, le législateur a manifesté sa volonté de rendre applicables à la reconnaissance judiciaire tous les textes relatifs à la reconnaissance volontaire et spécialement l'article 337 (1).

Cette disposition, nous l'avons déjà dit, n'a pas pour but d'interdire ou d'annuler la reconnaissance intervenue au cours du mariage, mais seulement d'en *limiter* les effets à seule fin que la femme et les enfants légitimes ne soient pas lésés dans leurs droits. Une action en recherche de paternité peut donc être intentée contre un homme marié, à condition que la conception remonte à une époque antérieure au mariage. Aucune exception n'est apportée dans cette hypothèse aux règles qui régissent l'action et que nous avons exposées. Il nous faut dire, à ce sujet, quelques mots d'une jurisprudence qui décidait, à propos de la recherche de la maternité, que l'enfant ne peut se servir pour établir sa filiation que d'écrits ayant une date certaine antérieure au mariage. Cette jurisprudence, qui paraît abandonnée aujourd'hui, avait un double avantage : elle proposait une solution transactionnelle qui conciliait d'une façon satisfaisante la thèse de l'extension de l'article 337 à la reconnaissance judiciaire et l'opinion adverse. De plus, elle déjouait dans une certaine mesure la fraude que nous avons déjà signalée, et qui consisterait à se lais-

p. 166. — Lavollée, *op. cit.*, p. 230. — L'application de l'art. 337 a été formellement admise par les jugements suivants : Douai, 7 mai 1913. D. 1913.2.337 ; Dijon (Cour d'appel) 29 déc. 1913 ; *Gaz. Pal.* 1914.1.36 ; *Gaz. Trib.*, 26, 27 janv. 1914. D. 1913.2.359 ; Nancy (Cour d'appel), 31 déc. 1913 ; *Gaz. Pal.*, 1914.1.133 ; *Gaz. Trib.*, *loc. cit.*, Nîmes (Cour d'appel), 23 fév. 1914 ; *Gaz. Trib.*, 25 avril 1914.

(1) Voy. Leclercq, *op. cit.*, n° 29, p. xxx. — Galopin, n°s 47 *seq* p. 36, 37.

ser actionner en recherche de filiation et à fournir au besoin des preuves écrites, au lieu de faire acte de reconnaissance volontaire. La disposition restrictive de l'article 337 devenait ainsi inopérante. On aperçoit l'intérêt de cette question ; si cette jurisprudence devait être adoptée, on restreindrait sensiblement en ce cas la liberté de la preuve et l'on aggraverait les conditions de l'action. On relève aussi quelques arrêts qui ont tenté de faire application de l'article 337 même à la reconnaissance postérieure à la dissolution du mariage. Non seulement ils interdisaient à l'enfant de se servir des faits qui se sont passés au cours du mariage de son auteur (1), de tirer de ces faits, ni de compléter, grâce à eux, un commencement de preuve par écrit (2), mais encore ils lui déniaient le droit d'invoquer une possession d'état d'enfant naturel qui avait eu lieu à la même époque (3). Ils la considéraient comme une reconnaissance tacite et assimilaient ainsi toutes ces situations à l'exercice de l'action au cours du mariage (4). L'article 337 devenait donc applicable. Mais ces distinctions subtiles ont disparu peu à peu des arrêts des tribunaux. Elles ne reposaient sur aucun fondement juridique ni sur aucun motif rationnel. Loin d'améliorer le sort des enfants naturels, elle les frappait de nouvelles rigueurs. Elles reflétaient ainsi le sentiment de défaveur qui animait les esprits à l'égard des illégitimes et elles furent oubliées, à mesure que notre législation devint plus humaine et plus libérale. Les décisions récentes ne mentionnent plus ces distinctions ; elles laissent au demandeur la plus grande liberté de preuve pour établir sa filiation, et considèrent

(1) Voy. Cass. 17 fév. 1851. S. 1851.1.161 ; Douai, 14 déc. 1864. S. 1865.2.167 ; Caen, 29 janv. 1867. S. 68.2.86 ; Dijon, 7 mai 1879. D. 80.2.213 ; Grenoble (*Motifs*), 20 nov. 1894. D. 95.2.345.

(2) Pau, 28 juin 1864. D. 64.2.159 ; Metz, 10 août 1864. D. 64.2.225.

(3) Lyon, 20 avril 1853. D. 54.2.186 ; Cass. 19 novemb. 1856. D. 56.1.412.

(4) Cf. Laurent, t. IV, n° 135, qui approuve cette jurisprudence, au moins en ce qui concerne la possession d'état. Voy. Demolombe, t. V, n° 466. Dall. *Supp.* n° 300, v° *Paternité*. — Planiol, t. I, n° 1504, et note sous Douai, *précité*. — Capitant et Colin, t. I, p. 343.

uniquement la date de la reconnaissance pour appliquer l'article 337 (1). L'enfant naturel peut donc invoquer tous les faits qui sont de nature à prouver sa filiation à quelque époque qu'ils remontent, et seule la reconnaissance intervenue au cours du mariage de son auteur ne peut être opposée aux conjoints ni aux enfants légitimes.



Avant de quitter cette importante question de la protection de la famille légitime, nous voudrions insister sur quelques points qui nous paraissent intéressants. Et d'abord nous avons dit que la date de la reconnaissance était seule à considérer au point de vue de l'application de l'article 337. Mais il importe de savoir à quelle *date* précise il convient de se reporter. Est-ce celle de l'assignation ou celle du prononcé du jugement ? On comprend l'intérêt de cette question. Si c'est la dernière solution qui est la vraie, le défendeur, pour rendre illusoire la demande de l'enfant et peut-être l'en décourager, n'aurait qu'à contracter mariage avant que le jugement ne soit rendu et passé en force de chose jugée. Il serait regrettable que cette manœuvre déloyale pût être tolérée. D'ailleurs, il est de principe que les jugements sont rétroactifs et que leurs effets remontent au jour de la demande ; et même le jugement en paternité a un caractère déclaratif qui le fait rétroagir jusqu'au jour de la naissance. Et, précisément, l'article 337 apporte une dérogation à cette règle, en ce sens qu'il frappe d'une inefficacité relative un acte qui n'a pas créé, mais seulement constaté la filiation de l'enfant. Mais il faut du moins admettre que le premier principe reste vrai : quand un jugement en déclaration de paternité est rendu, c'est assurément au jour de l'assignation que la reconnaissance judiciaire est censée s'être produite. Il est donc nécessaire que l'assignation ne soit pas antérieure au mariage pour que l'article 337 reçoive application. Cette solution est commandée à la fois par des raisons juridiques très fortes et

(1) Voy. l'arrêt de Douai, 26 fév. 1903, *précité*.

par le désir de déjouer une fraude trop facile du défendeur (1).

Une des questions les plus délicates et aussi les plus controversées que soulève l'application de l'article 337 est celle de savoir si l'enfant naturel, reconnu au cours du mariage de son auteur, est privé du droit d'*obtenir des aliments*. Il constitue, en effet, pour la famille, une nouvelle charge et diminue d'autant les ressources du ménage ; en ce sens, il « nuit » au conjoint et aux enfants légitimes. Cette question est fort discutée en doctrine et en jurisprudence. D'une part, le préjudice causé à la famille légitime ne peut guère être nié et, d'autre part, le refus d'aliments est en toute hypothèse, comme le dit M. Planiol, « une solution barbare » (2). Ce droit n'est-il pas reconnu même aux enfants adultérins et incestueux, pourtant bien maltraités par le Code civil ? On cite sur cette question deux arrêts contradictoires rendus par la Cour de Cassation.

Dans l'un, il s'agissait d'un enfant naturel qui avait été reconnu par une femme mariée. Cet enfant s'est vu refuser le droit de réclamer des aliments sur les biens de la communauté ; par contre, il a pu en obtenir sur les biens personnels de la femme (3). Par contre, il a été jugé par la Chambre des Requêtes, que la reconnaissance faite par le mari pendant le mariage d'un enfant qu'il a eu d'une autre femme que de sa femme légitime, entraîne pour lui l'obligation de fournir des aliments à cet enfant et autorise ce dernier à lui en réclamer le paiement sur ses biens personnels et sur ceux de la communauté (4). M. Chave-

(1) Voy. Wahl, *loc. cit.*, n° 112, p. 83. — Comp. E. Lévy, *La Loi*, 5 février 1913.

(2) Planiol, t. I, n° 1499. Le tribunal de Meaux 28 déc. 1912. D. 1913.2.332 a condamné le père naturel à verser une pension alimentaire à l'enfant, bien que la reconnaissance judiciaire ait eu lieu au cours du mariage ; mais on a tenu compte de ce fait dans l'évaluation du montant de la pension (20 francs par mois).

(3) Cass. 16 déc. 1861. D. 62.1.39. S. 62.1.419.

(4) Req. 13 juillet 1886. D. 87.1.119. S. 87.1.65 ; Cf. Paris, 9 mars 1860. D. 60.2.148. — Comp. Laurent, t. IV, n° 133. — Demolombe, t. V, n° 472. — Aubry et Rau, t. VI, § 568 quater. — Planiol, t. I,

grin, dans une note du *Sirey*, s'est efforcé de concilier ces deux arrêts contradictoires (1). A son avis, le mari ayant la libre disposition des revenus de la communauté, est libre d'en disposer à son gré et peut n'en point faire profiter sa femme et ses enfants, tandis qu'il n'en est pas de même de la femme mariée commune qui ne saurait prendre sur les revenus, dont le mari a la jouissance, les sommes nécessaires à la pension alimentaire de son enfant naturel. Ce sont là subtilités de juristes. La caisse de la communauté est destinée à subvenir aux dépenses de la famille légitime ; c'est en faveur de celle-ci qu'elle est constituée ; à la dissolution du mariage, elle est partagée entre les époux ; en cas de mort, elle est recueillie par le conjoint survivant et les enfants légitimes. Par suite, l'article 337 qui a pour but de sauvegarder les intérêts pécuniaires de la famille légitime s'oppose à ce que des sommes soient distraites de cette caisse au profit d'un enfant naturel exclu de la famille. Tout ce qui est donné à ce dernier est retiré à l'enfant légitime. Il faut donc décider, à notre avis, que l'époux, qui a reconnu volontairement ou judiciairement un enfant naturel au cours du mariage, ne peut lui fournir des aliments que sur ses biens personnels, ceux dont il a, en droit et en équité, la libre disposition : ce sont, pour le mari, tous les biens qui lui restent propres, pour la femme ceux dont elle a la jouissance, en cas de séparation de biens, ou ceux qu'elle a acquis par son travail personnel (loi du 13 juillet 1907). Les enfants légitimes et le conjoint ne peuvent se plaindre de la privation de revenus, dont l'époux ne leur doit pas compte. Cette solution a l'avantage de ménager les intérêts de la famille légitime et d'accorder à l'enfant naturel les secours indispensables que l'humanité ordonne de lui donner. L'article 337, dit-on, punit un manque de foi de l'époux qui a reconnu l'enfant, mais ce manque de foi est-il moins grave

n^{os} 666 et 1499. — Toullier, I, p. 429. — Marcadé, t. II, art. 337, n^o 2. — Capitant et Colin, t. I, p. 360. — Dall. *Rép.* n^o 700, *Suppl.* n^o 302.

(1) Chavegrin, note sous Req. 13 juillet 1886 *précité*.

quand il s'agit d'un enfant adultérin, auquel cependant la loi ne refuse pas des aliments ?

Les mêmes controverses et les mêmes hésitations s'étaient manifestées sur ce sujet en Belgique. La jurisprudence belge adoptait d'ailleurs une solution analogue à celle de la jurisprudence française, et faisait comme elle, une distinction entre les pouvoirs du mari et ceux de la femme (1). Avec beaucoup d'à-propos, le législateur belge saisit l'occasion qui s'offrait à lui et par un texte de loi très net, retira du domaine de la discussion cette question si importante et si pratique. Il avait supprimé, nous l'avons vu, l'alinéa 2 de l'article 337, mais il le remplaça très heureusement par cette disposition pleine de sagesse : « *Toutefois, dit le nouveau texte, l'enfant aura toujours le droit d'être nourri et élevé aux frais de son auteur* ». Ainsi le débat est clos. L'enfant peut *toujours* faire valoir sa créance, alors même qu'il se heurterait aux droits de la famille légitime. On avait même proposé d'ajouter le terme « instruit » aux mots « nourri et élevé » (2). Mais on fit remarquer que c'était là une redondance inutile ; d'ailleurs, il est bien entendu que le droit à l'instruction est implicitement compris dans l'expression générale « élevé » (3). Il a été également affirmé que cette modification au texte de l'article 337 n'avait pas pour but d'apporter un changement quelconque aux règles du régime matrimonial. La dette d'aliments est considérée comme une dette ordinaire, ayant une cause antérieure au mariage, et elle est soumise de ce chef, aux règles du droit commun qui régissent les dettes personnelles aux époux contractées avant le mariage (4). En effet, les droits de l'enfant ne dérivent pas de la reconnaissance, mais bien de la filiation dont l'existence est antérieure au mariage. Enfin, il convient de remarquer que cette dette

(1) Voy. exposé fait par M. Van den Heuvel. Chambre 1906, n° 76, p. 96.

(2) Mechelynck. Chambre 1906, n° 78, p. 103, 2° col.

(3) Van den Heuvel. — Destrée, *idem.*, n° 78, p. 104, 1^{re} col.

(4) Van den Heuvel, Chambre, n° 73, p. 96, 2° col. — Comp. Req. 13 juillet 1886 *précité*.

d'entretien, dont sont toujours tenus les parents naturels, procède du droit commun ; elle est régie par les règles générales, en matière d'obligation alimentaire. Il faut bien la distinguer de la créance qui est issue de l'article 340 *b* et qui s'éteint irrémédiablement quand l'enfant a atteint l'âge de 18 ans (1).

Bien que les ressources de la famille légitime puissent se trouver assez notablement diminuées par les dépenses que nécessitent l'entretien et l'éducation de l'enfant naturel, il faut cependant tenir pour satisfaisante la solution du législateur belge, car elle présente ce double avantage de mettre fin à une vieille controverse, et de reconnaître un droit qu'on ne pouvait humainement pas refuser à l'enfant illégitime. Comme le disait M. Van den Heuvel : « le refus « d'aliments était une exagération de logique et une solution peu équitable » (2).

Si l'application de l'article 337 soulève plus d'une discussion, par contre, on admet généralement que cette disposition restrictive ne protège que les intérêts *pécuniaires* de la famille légitime (3). On affirme d'ailleurs cette opinion, sans chercher à la justifier. Et cependant, la reconnaissance d'un enfant naturel, au cours du mariage, n'a-t-elle pour l'autre époux et pour les enfants légitimes, que des conséquences purement pécuniaires ? Il y a, dit-on, violation de la foi jurée ; il y a donc une injure grave faite à l'autre époux. L'indignité du père rejaillit sur la famille entière. Elle est atteinte et blessée par tous les coups qu'il reçoit, par tous les blâmes qu'il mérite. On conçoit sans peine le préjudice moral, que porte à la dignité de la femme et des enfants légitimes, et le danger que fait courir à l'union et à la quiétude de la famille l'immixtion de cet intrus, dont la présence ravive sans cesse le pénible souvenir de la faute du père et d'un procès douloureux. Le Code civil italien contient sur ce point une disposition très intéressante qui compléterait très heureusement l'ar-

(1) Voy. Galopin, *op. cit.*, n° 51, p. 38.

(2) Van den Heuvel, Sénat, 1907, n° 180, p. 178, 1^{re} col.

(3) Cf. Planiol, t. I, n° 1498. — Capitant et Colin, t. I, p. 342.

article 337 du Code civil français. Il fait défense au père d'introduire et d'élever son enfant naturel au foyer conjugal, sans le consentement de l'épouse, à moins que celle-ci n'ait consenti à la reconnaissance (1). On ne saurait nier l'utilité d'une mesure aussi sage ; elle est susceptible d'éviter bien des querelles et les dissensions, dont l'issue peut être fatale. Aussi, cette disposition remarquable a-t-elle attiré l'attention du législateur belge. Comprenant la gravité des intérêts en jeu et l'imminence du danger, le rapporteur au Sénat et le ministre de la Justice n'hésitèrent pas à déclarer, en propres termes, que l'enfant naturel, reconnu pendant le mariage de son auteur, ne pouvait réclamer le droit d'être élevé au foyer conjugal (2). Sans doute, aucun texte exprès n'a été voté en ce sens, mais on a considéré cette interdiction comme *implicitement* comprise dans les termes généraux de l'article 337 qui stipule que la reconnaissance d'un enfant naturel, pendant le mariage de son auteur ne pourra « nuire » ni au conjoint, ni aux enfants légitimes. Une telle interprétation apparaît, à tous égards, comme excellente (3). L'expression « *nuire* » est générale ; elle s'applique aussi bien aux conséquences pécuniaires qu'aux conséquences morales de la reconnaissance. Les unes et les autres menacent aussi gravement le maintien de la dignité et de l'union de la famille légitime et du bon accord entre époux. La famille n'est efficacement protégée, que si elle l'est contre tous les dangers qui la guettent, contre toutes les occasions de désunion dans lesquelles elle risque de sombrer. Peut-être, cette manière d'interpréter l'article 337 n'était-elle pas dans la pensée des rédacteurs du Code Napoléon, mais il faut tenir compte de ce fait, que la notion du préjudice moral s'est développée depuis quel-

(1) Art. 183 du C. civ. italien.

(2) Rapport au Sénat belge, n° 103, p. 125 ; Van den Heuvel, Sénat, n° 180, p. 178.

(3) En ce sens Galopin, *op. cit.*, n° 50, p. 37. Cet auteur considère même le fait pour un époux d'introduire son enfant naturel au foyer conjugal comme une injure grave à l'égard de l'autre conjoint, au sens de l'art. 231 du C. civ. Comp. Leclercq, *op. cit.*, n° 29, p. xxxL.

ques années, et acquiert de jour en jour en jurisprudence et en doctrine une importance plus considérable. Il nous semble que c'est plutôt d'après l'esprit et les tendances de son temps que d'après des idées et des conceptions vieilles de plus d'un siècle, qu'il convient de comprendre et d'appliquer les textes du Code. Les auteurs belges approuvent cette extension de l'article 337 ; toute distinction entre les droits d'ordre moral et les droits d'ordre pécuniaire leur paraît arbitraire et fautive : ils qualifient l'interprétation des auteurs français d' « *affirmation gratuite* » (1).

Dans ce même ordre d'idées, se pose la question de savoir si l'enfant naturel a le droit de porter le *nom* de son père, bien que ce fait puisse porter préjudice à la famille légitime. Nous avons déjà eu l'occasion de traiter ce sujet (2), et nous avons conclu qu'il était fort difficile de décider que les parents légitimes puissent faire défense à l'enfant naturel de porter le nom de son père, ce qui est une conséquence normale de sa filiation. Mais la solution peut être différente, quand il s'agit d'un enfant reconnu pendant le mariage de son auteur. Dans ce cas, les effets de la reconnaissance sont limités, dans la mesure où ils nuiraient à la famille légitime. Le droit au nom peut-il être maintenu en faveur d'un enfant qui le couvrirait de déshonneur et de honte ? Le préjudice qui en résulte n'est-il pas beaucoup plus grave que le dommage causé aux enfants légitimes par l'amoindrissement de leur part successorale ? Les atteintes portées à la dignité du nom sont souvent les plus douloureuses et les plus irrémédiables ; parfois même, elles peuvent entraîner des conséquences pécuniaires désastreuses. Et ce péril n'est point chimérique ; car, s'il est rare qu'un homme reconnaisse un enfant naturel au cours du mariage, il arrivera beaucoup plus fréquemment que l'enfant intente une action en recherche de paternité contre un homme marié, car il y a là une merveilleuse occasion d'exercer un chantage fructueux. Si donc l'article 337 a pour but de maintenir l'union et la dignité de la famille

(1) Cf. Galopin, *op. cit.*, n° 50, p. 37.

(2) Voy. notre travail pages 560 et suiv.

légitime, de déjouer toutes les manœuvres qui sont ourdies contre elle, d'éviter que des intrus puissent lui « nuire », il faut décider que la famille est également à l'abri de ce danger menaçant, qu'elle est protégée contre les attaques perfides et contre un chantage éhonté qui pourraient causer sa ruine. Si l'action présente moins d'attrait, le chantage a moins d'occasion de s'exercer, et le péril est conjuré. Mais la doctrine française nous réplique que l'article 337 n'a été écrit que pour protéger les seuls intérêts pécuniaires de la famille légitime ; nous avons vu que cette interprétation restrictive était vivement critiquée en Belgique. Serait-ce donc faire une application utile de cette disposition que de laisser flétrir par un misérable le nom et la réputation d'une famille honorable, alors qu'on veillerait jalousement à la conservation de quelques billets de mille francs, que sans hésitation, la famille sacrifierait au maintien de l'honneur et de la dignité de son nom ? A quoi servirait l'article 337 s'il était impuissant à prévenir un aussi grave danger ? Peut-être, les rédacteurs du Code ne l'ont-ils pas écrit dans ce but précis, mais c'est que la notion du préjudice moral est récente en doctrine et en jurisprudence ; or, on sait qu'elle prend chaque jour une importance plus considérable. C'est moins d'après la pensée du législateur napoléonien, pensée d'ailleurs fort difficile à pénétrer, que d'après nos conceptions et nos tendances modernes qu'il faut interpréter les textes. Une loi ancienne ne vaut que par l'adaptation féconde qu'en fait le juge aux besoins et aux aspirations du moment. C'est ainsi qu'elle se rajeunit et qu'elle se vivifie perpétuellement. Les juristes belges ont parfaitement compris la gravité de la situation et la nécessité d'une sanction. Cette question troublante et délicate du droit au nom a fait à la Chambre des Représentants l'objet de longs débats et de discussions pénétrantes. « Il s'agit, dit M. Woeste, d'un enfant, né avant
 « le mariage, qui soutient une lutte contre celui qu'il pré-
 « tend être son père, et par cela même contre la famille
 « légitime et qui, triomphant dans son action, obtiendrait
 « le droit de porter le nom de son père *contre* la volonté
 « de celui-ci, *contre* les intérêts et les sentiments de la fa-

« mille légitime du père » (1). L'orateur conclut, avec M. Hoyoïs, que l'article 337 qui a pour but de protéger la famille légitime, s'oppose à ce que l'enfant naturel puisse, en partageant son nom, lui porter un aussi grave préjudice. Personne ne se leva pour contredire cette opinion ; et de fait, le législateur a nettement refusé de sanctionner, par un texte, le droit de l'enfant naturel au nom de son père. C'est donc que la question est au moins douteuse. Les auteurs belges n'hésitent pas à la résoudre dans le sens de la négative (2).



L'article 337 du Code civil français, nous l'avons dit, a été adopté par certaines législations qui se sont inspirées du Code Napoléon : telles la Belgique et la principauté de Monaco. Mais on rencontre dans les législations latines d'autres dispositions très intéressantes qui répondent au même but que notre article 337. Nous avons déjà cité l'article 183 du Code civil italien, qui, de l'avis unanime des auteurs, constitue une excellente mesure de protection, et qui a été tout particulièrement remarqué par le législateur belge de 1908. D'après ce texte, le père ne peut introduire un enfant naturel, reconnu au foyer conjugal, sans le consentement de l'épouse, à moins que celle-ci n'ait consenti à la reconnaissance. Le législateur belge a d'ailleurs considéré qu'il était inutile d'adopter une disposition analogue, car cette interdiction résulte, à son avis, des termes de l'article 337 (3).

Nous rencontrons également dans les Codes portugais et espagnol des mesures de protection efficaces prises en faveur de la famille légitime. Elles ont pour but d'éviter, que

(1) Voy. Chambre belge 1906, Déb. n° 73, p. 97 et suiv.

(2) Galopin, *op. cit.* n° 50, p. 37. — Leclercq, *op. cit.*, n° 28, p. XXX. La jurisprudence ne paraît pas favorable à cette interprétation. Voy. Tournai, 7 juin 1909 ; *Pasicr.* 1909.3.404 ; Gand, Cour d'appel, 26 janv. 1911. *Pasicr.* 1911.2.52. — Mais voy. Gand, 11 mars 1908. *Pasicr.* 1908.2.346.

(3) Rapport au Sénat belge, n° 103, p. 125.

la présence d'enfants naturels ne réduise la part des enfants légitimes. On sait d'ailleurs, que dans la plupart des législations, les droits successoraux des enfants naturels sont réduits, quand ceux-ci se trouvent en concours avec des parents légitimes. Mais, les Codes portugais et espagnol ont trouvé, sur ce point, une solution très satisfaisante et très protectrice des droits de la famille légitime. Quand l'enfant naturel se trouve en présence d'enfants légitimes, il faut distinguer, selon qu'il a été reconnu avant ou pendant le mariage de son auteur. Dans le premier cas, il a droit à la réserve d'un enfant légitime, diminuée d'un tiers. Si, au contraire, la reconnaissance a été faite au cours du mariage, sa part est la même, mais elle doit être prise sur la quotité disponible de la succession, qui est toujours fixée à un tiers. S'il y a plusieurs enfants illégitimes, leur part ne peut, en aucun cas, excéder la quotité disponible (1). Ces solutions sont très remarquables en législation.

Enfin, une protection efficace de la famille légitime résulte de l'*interdiction* qui est faite, dans tous les pays latins, aux enfants *adultérins* et *incestueux* de faire constater leur filiation.



A la différence du législateur latin, le législateur *germanique* ne s'est point soucié de défendre la famille légitime. Il ne connaît même point la distinction entre les enfants naturels simples et les enfants adultérins et incestueux : ces derniers ne sont frappés d'aucune incapacité. Cette absence de mesures protectrices vient de ce que la situation juridique des enfants naturels est réglée, dans ces législations, d'une façon tout à fait différente de celle qui est adoptée dans les pays latins. Nous avons déjà eu l'occasion d'insister sur ce point. Qu'il nous suffise de rappeler que l'enfant naturel ne fait jamais partie de la famille de son père ; il n'est pas même parent avec celui-ci ; il ne reçoit de lui qu'une pension alimentaire temporaire. De ce côté,

(1) Art. 1785, 1991 du C. civ. portugais. Art. 134, 840, 939 du C. civ. espagnol.

la famille paternelle ne reçoit donc aucune atteinte ; elle n'a nul besoin d'être protégée. Au contraire, l'enfant naturel entre dans la famille de sa mère, et y occupe, avec tous les droits et tous les avantages, le rang d'un enfant légitime. Il serait illogique d'admettre l'enfant naturel, comme membre de la famille de sa mère, et d'édicter, ensuite contre lui, des mesures de défaveur.

Cependant, quelques législateurs ont senti le besoin de sauvegarder les intérêts et l'union de la famille légitime. Mais de telles dispositions sont exceptionnelles dans les pays germaniques. C'est ainsi que d'après la loi danoise du 27 mai 1908, la succession du père est tenue de continuer le service de la pension de l'enfant naturel, mais sous cette réserve, qu'en aucun cas, la somme à payer ne doit excéder la portion congrue des enfants légitimes. Il est également stipulé que, si le père laisse une veuve, celle-ci n'a de devoirs qu'envers les enfants illégitimes que son mari avait eus avant son mariage : et s'il existe, d'autre part, des enfants légitimes, il n'est rien dû aux enfants naturels, moins âgés que ces derniers (1).

Enfin, il convient d'insister tout spécialement sur la disposition de l'article 323, 2^e alinéa du Code civil suisse : « Le juge ne peut déclarer la paternité, dit-il, si le défendeur « était déjà *marié*, lors de la cohabitation ». Il faut tout d'abord remarquer que cette interdiction ne concerne que l'action en recherche de paternité, avec conséquences d'état (Züsprechung mit Standesfolge) et non point la condamnation à de simples prestations pécuniaires (2). L'enfant naturel peut donc toujours et dans tous les cas, obtenir une pension alimentaire de son père, même quand celui-ci était marié à l'époque de la cohabitation, c'est-à-dire quand sa filiation est adultérine. Mais il ne pourrait dans cette hypothèse parvenir à la déclaration de paternité, avec toutes ses conséquences touchant le nom, la puissance paternelle, la vocation successorale, etc... Il importe de bien comprendre

(1) Art. 2 et 3 de la loi danoise du 27 mai 1908.

(2) Voy. Peyer, *loc. cit.*, p. 132. — Curti Forrer, ad art. 322, note 7. — Egger, ad art. 323, note 6.

le sens de cette disposition : l'action en paternité est *recevable* contre un homme marié ; mais ses effets se réduisent à une prestation d'aliments.

L'article 323 du Code civil suisse est imité de certaines législations cantonales. Déjà, dans le vieux droit suisse, on rencontre des dispositions qui restreignent, dans ce cas, les droits de l'enfant naturel ; pour employer une expression imagée, le père n'est tenu que de fournir « ein Paar « Shüh für den Blumen » (1). Un groupe important de législations cantonales allait même jusqu'à interdire totalement l'exercice de l'action en recherche de paternité contre un homme marié ; mais on y mettait ordinairement cette condition, que la mère eût eu connaissance de cette situation (2). La disposition de l'article 323, 2^e alinéa, ne fut adoptée, qu'après bien des hésitations et des résistances. Le premier projet de Code civ. suisse (art. 355) refusait, de façon générale, aux enfants adultérins l'exercice de l'action en recherche de paternité avec conséquences d'état. Cette idée fut bientôt abandonnée, mais elle devait être reprise à la Commission d'Experts, sur la proposition de membres français (3), et le Conseil Fédéral l'admettait sous cette forme qui rappelle les dispositions des législations du groupe zurichois, dont nous venons de parler. « La promesse de mariage d'un homme marié ne peut être prise en considération, quand la mère avait connaissance, à l'époque de la conception, de l'état de mariage de son amant » (4). Dans ce cas, la mère est assurément peu digne d'intérêt, et elle a fait preuve d'une perversité qui ne comporte pas d'excuse. Mais, tel n'était pas le point de vue auquel se plaça le Conseil National ; il vit, avant tout dans cette disposition, une mesure de protection de la famille

(1) Mohr, *op. cit.*, p. 66.

(2) Zurich, P. G. art. 291 c ; Thurgovie, P. G. art. 192 b. ; Shaffouse, P. G. art. 260 c. ; Zug, P. G. art. 63 b. ; Bâle-Ville., E. G. O. art. 99. Dans le canton d'Argovie, C. civ. art. 233 et à Bâle-Campagne, conditions.

(3) Voy. *Com. Exp.*, p. 392.

(4) Art. 328 du projet du Cons. fédéral.

légitime et il proposa le rejet de l'action à l'égard d'un défendeur marié, sans se soucier de la connaissance qu'avait pu avoir la mère de cette situation, sans même exiger que le défendeur fut déjà marié à l'époque de la cohabitation (1). Cette rédaction de la loi était assurément vicieuse; car tout individu, célibataire au moment de la cohabitation, dès qu'il se fut aperçu de l'état de sa maîtresse, se serait hâté de se marier avec une autre femme, et aurait ainsi échappé cyniquement aux conséquences de son acte. La commission du Conseil des Etats (2) a très heureusement déjoué cette manœuvre, en exigeant que le défendeur fut marié dès l'époque de la cohabitation. Il semble qu'il faille également poser comme condition, que le mariage subsiste au jour de l'intentement de l'action (3). Sinon, il n'y a plus de ménage, donc plus de famille à protéger. On sait que l'article 337 du Code civil français cesse de s'appliquer, après la dissolution du mariage. Il faut adopter cette solution si l'on voit dans l'article 323, 2^e alinéa une mesure de protection de la famille légitime, et non point une mesure de défaveur prise contre la mère, complice de l'époux adultère. C'est au défendeur qu'incombe le soin d'établir qu'il était déjà marié, au moment de la cohabitation, d'où est résultée la grossesse. Il peut fournir cette preuve par toutes voies de droit; elle peut notamment être faite en comparant le degré de développement de l'enfant (Reifegrad) et l'époque de la cohabitation (4).

Cette solution apparaît comme une transaction assez heureuse entre le système latin qui prohibe, de façon absolue, la recherche de la filiation adultérine et incestueuse, et le système germanique qui ne fait aucune distinction entre les enfants naturels. Il accorde ainsi l'indispensable, c'est-à-dire des aliments à l'enfant adultérin. Cette conception est également admise par le projet italien Scialoja qui connaît une action en paternité avec conséquences

(1) *Bulletin* XV, p. 779 et suiv.

(2) *Bulletin* XV, p. 1192 et suiv.

(3) En ce sens, Egger, *loc. cit.* — Contra Curti Forrer, *loc. cit.*

(4) Curti Forrer, ad art. 323, note 8.

d'état pour l'enfant naturel simple, et une action tendant à des prestations alimentaires à la disposition de l'enfant adultérin et incestueux (1). Mais il faut remarquer que le Code civil suisse ne fait cette distinction entre les enfants naturels que du côté paternel ; à l'égard de la mère, ils ont tous des droits identiques, et sont même assimilés à des enfants légitimes.

Assurément, par de telles dispositions, la famille légitime est incomplètement protégée ; elle est exposée au risque grave de la révélation de l'adultère et de l'inceste. Ses intérêts pécuniaires sont à peu près sauvegardés ; il n'en est pas de même de ses intérêts moraux. On tend à ne voir dans ces affaires que des questions d'argent, alors qu'elles sont surtout et avant tout des questions d'honneur et de dignité.



Il nous reste à nous demander si toutes ces mesures, que nous venons d'étudier, sont assez énergiques pour protéger efficacement la famille légitime contre l'invasion des enfants naturels. Elles présentent, en effet, une *double* utilité : en diminuant considérablement les droits de l'enfant naturel reconnu, elles le détournent de la pensée d'ententer un procès, dont l'issue est douteuse et les avantages insignifiants ; et quand bien même elles n'auraient pas réussi à empêcher les poursuites, elles atténuent et pallient considérablement les conséquences désastreuses que le succès de l'enfant naturel pourrait entraîner à l'égard de la famille légitime. Mais cette barrière est, à notre avis, insuffisante. La mère abandonnée, qui aura l'intention ferme et réfléchie de poursuivre son ancien amant, aujourd'hui marié à une autre femme, ne sera pas arrêtée un seul instant par les mesures de protection, dont est entourée la famille légitime. Dut-elle ne retirer aucun profit de ce procès, elle serait encore poussée par le dépit et le désir

(1) Voy. notre travail page 450.

de se venger. Il y a d'ailleurs pour l'intrigante une occasion merveilleuse de se livrer au chantage. Quels sacrifices ne consentirait pas un homme marié, qui serait menacé d'un procès de cette nature ! Que ne tenterait-il pas pour l'éviter. Le mot de M. de Lamarzelle est décidément fort juste : Ce qui est dangereux, disait-il, ce n'est pas le procès en lui-même, ce n'est point son issue, c'est la menace du procès. Il est certain qu'elle sera très opérante à l'égard d'un homme marié. Il y a là un danger très réel qu'on ne saurait nier.

Mais — nous en revenons toujours à cette idée — si la famille légitime est protégée assez efficacement contre les dangers qui menacent ses intérêts pécuniaires, elle ne l'est nullement contre ceux qui menacent son honneur, sa dignité et son union. Il ne s'agit pas seulement ici de lui conserver intact son nom de famille et de fermer son foyer aux étrangers. Ces mesures sont excellentes; malheureusement, elles ne suffisent pas. Les rédacteurs de l'article 337, encore tout imbus de la pensée et du style des hommes de la Révolution, croyaient, avec un optimisme naïf, que grâce à ce petit article, ils pourraient empêcher la violation de la foi conjugale, maintenir la paix du ménage et la bonne intelligence entre époux. Etrange illusion ! Tout est bien, si l'on est parvenu à étouffer le désir même d'intenter l'action. Mais si le procès est engagé, tous les articles du Code sont impuissants à conjurer le danger, à éviter l'inévitable catastrophe. Le père de famille est traîné devant les tribunaux ; on y dévoile au grand jour de l'audience toutes les hontes et les turpitudes de sa vie passée ; il est insulté, baffoué par la fille qu'il a rendue mère, qu'il a odieusement trompée ; il est l'objet du mépris de l'opinion publique qui blâme sévèrement sa conduite infâme. Voilà un homme diminué, avili, peut-être déshonoré. Et l'on voudrait qu'après un aussi rude assaut, la famille légitime soit aussi unie, aussi forte, aussi digne qu'auparavant. Le coup est porté ; il en est résulté une pénétrante blessure, qui peut-être, ne se guérira jamais. La femme légitime a souffert dans son amour ; elle ne peut plus accorder la même estime, la même confiance à son mari. Les enfants ne témoignent plus

le même respect profond pour un père, qui leur a donné l'exemple de la lâcheté. Le souvenir du procès, les rapports avec l'enfant naturel sont des motifs de discussions fréquentes, des ferments de discorde et de haine. Il s'est ainsi formé dans l'union conjugale une large fissure, qui menace de s'agrandir encore et de provoquer sa ruine.

Demolombe écrivait, à propos de la recherche de la maternité naturelle et de l'article 337 du Code Napoléon : « Un
« homme est marié ; et voilà qu'une action en recherche
« de maternité est dirigée contre sa femme par un indi-
« vidu, qui est né avant leur mariage ! Et lorsque, après
« un tel procès, plein d'éclat et de scandale, la femme est
« déclarée mère de cet enfant, vous croyez que le mari,
« tout meurtri de sa défaite, n'aura rien sur le cœur contre
« sa femme, et que ces deux époux vont, au sortir de l'au-
« dience, rentrer parfaitement unis dans le domicile con-
« jugal ! Non certes, et peut-être même alors n'obtiendrez-
« vous pas la paix, en paralysant, dans l'intérêt de l'époux
« et de ses enfants, les effets de cette reconnaissance for-
« cée » (1). Ne peut-on pas faire, *mutatis mutandis*, une adaptation parfaite de ce passage à la recherche de la paternité naturelle ? Sans doute l'atteinte portée, dans ce dernier cas, à la dignité de l'époux est moindre que dans l'autre hypothèse, mais elle n'est cependant pas négligeable. C'est ainsi que, fatalement, tous les droits, tous les avantages nouveaux conférés aux enfants naturels leur sont accordés au détriment des enfants légitimes ; et, toutes les lois, qui ont pour but d'améliorer le sort des illégitimes, paraissent inévitablement dirigées contre l'institution même du mariage et contre l'union et la prospérité de la famille fondée sur lui.

(1) Demolombe, t. V, n °466, p. 471.

CHAPITRE VII

MESURES SPÉCIALES PRISES CONTRE LE CHANTAGE

L'une des plus graves objections dirigées contre le principe de l'autorisation de la recherche de la paternité consiste dans la crainte du scandale et du chantage, que ne manqueraient pas de provoquer, au dire de certains, des procès relatifs à des sujets aussi délicats et aussi scabreux. Les hommes les plus honorables seraient exposés aux attaques les plus imprévues, aux poursuites les plus éhontées ; et, afin de les éviter à tout prix, ils consentiraient à toutes les exigences de la demanderesse, ils satisferaient toutes ses volontés. Le chantage aurait ainsi de merveilleuses occasions de s'exercer avec un plein succès. Bien qu'elle fut très exagérée, cette critique n'en a pas moins fortement ému l'opinion publique et l'émeut aujourd'hui encore. C'est peut-être elle qui a le plus puissamment contribué à retarder la réforme de l'article 340. Aussi, la plupart des législateurs ont-ils dû tenir compte de cette objection grave et prendre à ce sujet des mesures efficaces. Nous avons déjà vu que l'admission d'exceptions ou même de fins de non recevoir, l'organisation d'une procédure spéciale, l'attribution exclusive de l'action à certaines personnes déterminées, la nomination de curateur et de tuteur spéciaux, constituaient autant de garanties pour la défense des intérêts de l'enfant, et d'obstacles à la divulgation du scandale et à la réalisation des manœuvres de chantage. Mais le législateur français, qui avait cependant déjà fait preuve d'une grande prudence, estime que ces mesures étaient insuffisantes. Il fallait édicter une disposition qui fut spécialement dirigée contre les demandeurs de mauvaise foi et qui fut assez sévère pour les effrayer et les retenir. C'est pourquoi la loi du 16 novembre 1912 contient un article qui est ainsi conçu : « *Le paragraphe 2 de l'article 400 du*

« Code pénal est complété par la disposition suivante : La
 « même peine pourra être appliquée par le tribunal civil,
 « saisi d'une demande en déclaration de paternité, au de-
 « mandeur convaincu de mauvaise foi. L'interdiction de
 « séjour, pendant cinq ans au moins et dix ans au plus,
 « dans un rayon déterminé, pourra, en outre, être pro-
 « noncée dans ce dernier cas. » Mais, par là, le législateur
 a paru faire l'aveu, que l'objection couramment formulée
 contre le principe de l'autorisation de la recherche de la
 paternité n'était pas dénuée de tout fondement. Ou peut-
 être, par une habile tactique, n'a-t-il voulu faire des con-
 cessions aux adversaires du projet de loi, que pour les
 apaiser, les tranquilliser et obtenir plus facilement leur
 adhésion ; M. Guillier n'a-t-il pas dit lui-même, en défen-
 dant cette disposition, qu'il tenait à « rassurer ceux qu'in-
 « quiète la réforme », et « à rendre celle-ci acceptable » ?(1).
 Aucune autre législation n'a, à notre connaissance, édicté
 de mesures analogues, elles se réfèrent sur ce point au
 droit commun. Cependant, en Belgique, un député, M. de
 Sadeleer, s'inspirant des projets français, avait déposé
 dans ce sens un amendement qui fut adopté, en première
 lecture, par la Chambre des Représentants. Mais combattu
 par le ministre de la justice, il fut repoussé lors de la se-
 conde délibération, et l'idée fut définitivement abandon-
 née (2). Cet amendement prévoyait d'ailleurs des peines
 moins graves que le texte français : « S'il appert que le
 « procès en recherche de paternité a été intenté de mau-
 « vaise foi, le demandeur sera puni d'un emprisonnement
 « de huit jours à un an et à une amende de 26 à 200 fr. ».
 Cette disposition a donné lieu à d'intéressants débats, dont

(1) Guillier. Sénat. Déb. parl. *J. Off.*, 9 nov. 1912, p. 1338, 3^e col.
 — Cf. Guillier. Sénat. Déb. parl. *J. Off.* 11 nov. 1910, p. 1725 et 1726.
 — Milliard. Sénat, 9 nov. 1912, p. 1338 1^{re} col.

(2) Voy. Chambre belge 1906, n° 75, p. 101, 102, n° 88 p. 111 et
 112. — Rapport au Sénat, n° 116, p. 133. Cette disposition parut à
 plusieurs orateurs inutile, de ce fait que, pour intenter l'action, le
 représentant légal du mineur doit obtenir le consentement du con-
 seil de famille. D'ailleurs, la loi belge n'ouvre l'action en recherche
 de paternité que dans les cas d'acte criminel et de possession d'état.

nous aurons l'occasion de faire état en étudiant le texte de la loi française. Il convient enfin de remarquer que si notre législateur s'est montré si sévère, quant à la répression du délit de chantage, c'est qu'il attache au jugement de déclaration de paternité des effets fort étendus ; dès lors l'action offre plus d'attraits. Et c'est là une occasion nouvelle de vérifier la vérité de cette loi sociologique, qui domine toute cette question, et qui veut qu'à la plus grande importance des droits conférés correspondent une plus grande difficulté de preuve et une protection plus énergique des intérêts du défendeur.

La disposition de la loi française est, à un *double* point de vue, *dérogatoire* aux règles du droit commun. Elle édicte contre l'abus de citation une condamnation pénale, alors qu'il est de principe que le demandeur en matière civile, qui perd son procès, est seulement exposé à supporter les dépens de l'instance (art. 130 C. proc. civile) ; et, si même la mauvaise foi vient à être démontrée, il n'encourt qu'une condamnation à des dommages-intérêts, sur demande reconventionnelle du défendeur et conformément à l'article 1382 du Code civil. En second lieu, le texte de l'article 3 de la loi du 16 novembre 1912 est exceptionnel, en ce sens qu'il confère le pouvoir de prononcer les peines prévues, non pas à un tribunal répressif, mais au tribunal civil qui a statué sur le fond du procès en recherche de paternité. Aussi, cette disposition a-t-elle soulevé une tempête de protestations qui est loin d'être calmée. Les uns (1) s'indignent contre cette mesure, « inouïe », « exorbitante » qui, à leur avis, supprime toutes les garanties accordées d'ordinaire aux prévenus et aboutit en fait, par la crainte qu'elle inspire au demandeur, à entraver considérablement les effets heureux de la réforme de l'article 340. D'autres se sentent froissés, dans leur conscience de juristes, par cette innovation hardie, qui provoque, dans le domaine du droit, une véritable révolution. « C'est, dit-on, le boulever-

(1) Voy. Louis Martin. *Préface du Commentaire de M. Brun*, p. VI.

« sement absolu dans l'ordre des juridictions » (1). Les jurisconsultes qui siègent au Sénat ne furent pas seuls à s'émouvoir de cette disposition. Le Comité judiciaire de législation, récemment fondé au Palais sous la présidence de M. le procureur général Fabre, mit cette grave question à l'étude et chargea d'un rapport M. le bâtonnier Chenu. On se trouva, en principe, d'accord sur la nécessité d'une sanction pénale destinée à réprimer et à prévenir le chantage, mais on se refusa à déclarer compétent le tribunal civil. C'est donc surtout cette seconde dérogation au droit commun qui a soulevé les plus vives critiques.

Certes, l'innovation est importante. Nous avons déjà eu l'occasion de constater que le législateur de 1912 avait causé, selon une expression qui fit fortune au cours des débats, plus d'une « entorse grave » aux principes du Code civil ; nous voyons que le Code pénal n'a pas été davantage respecté. La disposition de l'article 3 est en contradiction manifeste avec les règles ordinaires du droit ; on ne saurait songer à le nier. Sans doute, on a invoqué (2) comme précédent le texte de l'article 50 du Code civil, aux termes duquel les officiers de l'état civil, qui se sont rendus coupables de négligence ou de faits graves dans l'exercice de leurs fonctions, peuvent être condamnés par le tribunal de première instance à une amende de cinquante francs au plus. On cite également l'article 1030 du Code de procédure civile qui permet au tribunal civil d'infliger une amende aux officiers ministériels coupables d'omissions ou de négligences. Il est inutile de faire remarquer que les situations sont extrêmement différentes et qu'il y a loin d'une amende, c'est-à-dire d'une peine pécuniaire relativement

(1) Voy. Jénouvrier, Milliard, Sénat. Débats *J. Off.*, 11 nov. 1910, p. 1733, 3^e col.

(2) On cite également l'ancien article 308 du C. civ. (abrogé par la loi du 27 juillet 1884), qui permettait au tribunal civil, prononçant la séparation de corps pour cause d'adultère, de condamner, par la même sentence, la femme coupable à une peine d'emprisonnement, sur les réquisitions du ministère public.

minime, aux condamnations pénales véritables, telles que l'emprisonnement et l'interdiction de séjour.

Il faut donc chercher la vraie raison d'une dérogation aussi grave aux principes les plus élémentaires de notre droit, dans la nécessité impérieuse d'écarter du prétoire les gens sans aveu et les maîtres-chanteurs, qui ne manqueraient pas de détourner adroitement de son vrai but la loi nouvelle, et de faire produire les effets les plus désastreux à une réforme généreuse. A part quelques orateurs qui voyaient, dans l'absence complète de publicité de tout acte de procédure et dans la nécessité du huis clos, des garanties suffisantes contre les tentatives de chantage (1), tous comprenaient bien, au Sénat, qu'il fallait opposer à un péril aussi sérieux une défense très énergique. On ne pouvait se contenter, en cette matière, des règles du droit commun, c'est-à-dire de dommages-intérêts, que le tribunal eût pu allouer au défendeur, en guise de réparation du préjudice moral dont il a souffert. Cette mesure, incapable d'ailleurs de faire disparaître la tache ineffaçable dont est souillée l'honneur d'une famille, eût été pour celle-ci une bien maigre satisfaction ; et elle était également impuissante à conjurer le danger et à détourner les amateurs de chantage de leurs sinistres projets (2). La condamnation à une peine pécuniaire n'est pas de nature à les effrayer, car elle atteint l'homme dans sa fortune et non dans sa personne ; or, d'ordinaire, les individus susceptibles de l'encourir sont seulement sensibles à la perte de leur liberté, ne pouvant

(1) Un amendement fut déposé en ce sens par MM. Strauss et L. Martin à la séance du 8 nov. 1912. *Sén. J. Off.*, p. 1336-1337 ; il fut d'ailleurs abandonné par leurs auteurs. Le Comité judiciaire de législation avait également repoussé cette solution comme insuffisante. On ne fait disparaître qu'un seul des éléments du chantage, disait le secrétaire général Jacobson, les autres subsistent.

(2) Il est vrai que les insolubles chercheront à obtenir le bénéfice de l'assistance judiciaire pour intenter l'action en recherche de paternité. Or, le bureau d'assistance doit procéder à un rapide examen de l'affaire, avant de prêter son appui. Il en résulte que l'assisté judiciaire pourra difficilement encourir l'application de la loi pénale.

être privés de biens qu'ils ne possèdent pas (1). Déjà, le projet de loi Rivet du 26 mai 1883 disposait, dans son article 7, que les revendications de paternité reconnues calomnieuses et de mauvaise foi seraient poursuivies et punies des peines applicables en matière de diffamation. La loi nouvelle a entièrement assimilé au chantage vulgaire le fait d'un plaideur qui, n'ignorant pas le mal fondé de sa demande, intente l'action en recherche de paternité dans le secret espoir que la menace de ce grave procès amènera la famille du défendeur à transiger et à assurer, à prix d'or, le maintien de sa dignité et de son honneur. Rappelons qu'aux termes de l'article 400 du Code pénal, l'auteur du délit de chantage peut être puni d'un emprisonnement de 1 an à 5 ans et d'une amende de 30 à 3.000 francs. Le législateur de 1912 a permis d'ajouter à ces pénalités celle plus grave de l'interdiction de séjour. Cette disposition sévère de la loi a été très vivement critiquée (2). Cependant, il faut songer que les intérêts en jeu sont très sérieux et que le préjudice causé peut être considérable. Au reste, l'interdiction de séjour est susceptible de rendre les plus précieux services. Elle permet d'expulser de la ville une intrigante qui, rendue plus furieuse par le rejet de sa demande, s'obstine à multiplier les procès, se plaît à provoquer du scandale et poursuit sa victime de ses menaces et de ses tracasseries. « L'interdiction de séjour, dit M. Viollette, s'explique d'autant mieux qu'elle a pour résultat d'éloigner le coupable des lieux où la victime réside et où le chantage sera perpétré. Elle ne sera d'ailleurs prononcée que dans des cas graves » (3).

Ainsi donc, pour réprimer ces manœuvres de chantage, dont les conséquences peuvent être aussi funestes pour la

(1) Guillier. Sénat. Déb. *J. Off.*, 9 nov. 1912, p. 1339, 1^{re} col. — *J. Off.*, 11 nov. 1910, p. 1726.

(2) Voy. Straüss (exposé des travaux du Comité judiciaire de législation). *J. Off.*, 9 nov. 1912, p. 1336. — Sur les protestations des milieux féministes, voy. *Figaro*, n° du 19 mars 1912; *Soleil*, n° du 19 mars 1912.

(3) Viollette. Rapp. à la Chambre 1911, p. 61. — Cf. Guillier. Sénat. *J. Off.*, 9 nov. 1912, p. 1339.

famille et pour la société, il ne faut pas hésiter à punir de peines graves les individus qui s'en seraient rendus coupables. D'autres garanties seraient illusoires et inopérantes. Ce point étant admis, les règles ordinaires, en matière de procédure, exigeaient que l'on confiât au tribunal correctionnel le soin de réprimer ce nouveau délit. Mais alors, une plainte devenait nécessaire, un second débat s'engageait, avec de nouvelles enquêtes, de nouvelles dépositions de témoins. Bref, c'est le procès tout entier qui recommence. On imposait ainsi à une famille qui, pendant de longs mois, avait lutté pour la sauvegarde de son honneur, avait eu la douleur de s'entendre salir par les calomnies d'une courtisane, et avait été l'objet des sarcasmes et des injures de toute une ville, on lui imposait la torture de subir, une seconde fois, cet effroyable supplice. Combien eussent préféré, à la maigre satisfaction de faire condamner leur ignoble persécuteur, le désir de mettre fin à cette douloureuse épreuve, de ne pas réveiller des souvenirs affligeants ni provoquer des dépositions plus ou moins scandaleuses, bref, de ne pas s'exposer, une fois encore, à la souillure de la boue qui repose toujours au fond de ces sortes d'affaires. Les amateurs de chantage auraient, avec raison, compté sur cette attitude de leur victime ; ils l'auraient impunément attaquée et pourchassée, et seraient sortis indemnes de cette aventure, d'où ils auraient eu toutes les chances de tirer quelque profit sans courir aucun péril. C'est pour ces raisons *impérieuses* (1), dont la légitimité n'est guère contestable, que le législateur français s'est décidé à apporter aux règles ordinaires du droit la très grave dérogation que l'on sait. De même, lors de la discussion de la loi du 6 avril 1908, devant la Chambre des Représentants belge on comprit parfaitement que l'amendement de M. de Sadeleer, analogue à la disposition de la loi française, ne pouvait jouer un rôle utile et efficace, que si les peines étaient prononcées par le même tribunal qui avait jugé le

(1) Guillier. Sénat. *J. Off.*, 11 nov. 1910, p. 1726, 2^e col. — Viollette. Rapport à la Chambre, p. 55. — Garde des Sceaux (Briand). Sénat, *J. Off.*, 9 nov. 1912, p. 1341.

côté civil de l'affaire. Sinon, au lieu de produire d'heureux effets, cette mesure aurait les plus désastreuses conséquences. Il faudrait recommencer tout le procès devant le tribunal correctionnel, et « ainsi, dit M. Destrée, au lieu d'un « scandale, on en aurait deux ; il y aurait, en somme, ag-
« gravation et accumulation de scandales » (1). Enfin les juges, qui ont connu du procès civil, sont les mieux qualifiés, semble-t-il, pour décider si le demandeur a agi par malice ou par cupidité. On évite ainsi les chances de contrariété de décisions rendues par deux tribunaux différents (2), ce qui ne manquerait pas d'alarmer l'opinion publique. Il se pourrait, en effet, que le tribunal civil, statuant sur la demande reconventionnelle en dommages-intérêts pour abus de citation, et le tribunal correctionnel chargé d'appliquer la peine contre le délit de chantage, rendent deux jugements contradictoires, l'un admettant, l'autre écartant la mauvaise foi (3). Grâce à la solution adoptée, c'est un tribunal *unique*, le *tribunal civil*, sérieusement documenté et éclairé sur tous les faits du procès, qui pourra ainsi, du même coup, vider la question au point de vue civil et prendre, contre les plaideurs de mauvaise foi, les sanctions pénales nécessaires. Si l'on a tant critiqué cette innovation du législateur, c'est bien plutôt parce qu'elle violait ouvertement une règle fondamentale de notre procédure et révoltait ainsi l'esprit, un peu trop formaliste, des juristes, que parce qu'elle offrait, en pratique, de sérieux inconvénients, et en particulier compromettait gravement les droits de la défense. Nous allons précisément nous attacher à montrer, en étudiant quelques points intéressants, que les craintes formulées sont vaines ou du moins considérablement exagérées.

Les protestations qu'a provoquées cette disposition ont

(1) Chambre belge 1906, Destrée, n° 88, p. 112. — Colaert, rapp. *cod. loc.* — Van den Heuvel, min. de la Justice, n° 75, p. 102, 2° col.

(2) Guillier. Rapp. au Sénat 1908, n° 369, p. 45; Sénat. Déb. *J. Off.*, 9 nov. 1912, p. 1339.

(3) Cependant, il n'y aurait pas nécessairement contradiction entre ces deux décisions, car la condamnation à des dommages-intérêts n'implique ni n'exclut l'existence de la mauvaise foi.

eu cet heureux effet d'amener le rapporteur à donner, au texte laconique de l'article 3, les commentaires indispensables. Malheureusement, certaines solutions ont été indiquées à la hâte et insuffisamment étudiées. Le Sénat était d'ailleurs pressé de faire aboutir la réforme et se hâta de voter un projet, qui était en discussion depuis plus de quatre années. Aussi, y a-t-il encore dans la loi beaucoup d'obscurité, d'ambiguïté ; et sur certains points les controverses sont très vives.

Le principal grief qu'on ait adressé au système de la loi, c'est de supprimer les *garanties* inscrites dans le Code d'instruction criminelle au profit de tous les prévenus (1) : comparution obligatoire de l'inculpé, droit de défense, citation et interrogation des témoins devant le tribunal, etc... Ces craintes sont-elles réelles ? Tout d'abord, il faut remarquer qu'un plaideur n'encourra les peines édictées par l'article 3 qu'autant qu'il aura été reconnu avoir agi de mauvaise foi. Il ne peut être condamné par ce seul fait qu'il a été débouté de sa demande. Cela va sans dire, et cependant on s'est mépris comme à plaisir sur ce point (2).



Une question beaucoup plus délicate à trancher est celle de savoir quelles personnes sont investies du droit de *demande* au tribunal civil l'application d'une sanction pénale. Il paraît tout d'abord certain que ce droit appartient au ministère public. Celui-ci ne fait que remplir son office, qui est de représenter et de défendre les intérêts de la société, et d'assurer le maintien de l'ordre par la réquisition des châtiments nécessaires ; il a d'ailleurs exclusivement l'exercice de l'action publique. En outre, il joue un rôle particulièrement important dans toutes les affaires qui roulent sur des questions d'état (C. proc. civ. art. 83 2°). Le rapporteur a formellement reconnu ce pouvoir du minis-

(1). Milliard. Sénat. Déb. J. Off., 9 nov. 1912, p. 1340.

(2). Guillier. Sénat. Déb. J. Off., 9 nov. 1912, p. 1339, 2^e col. — Viollette. Rapport à la Chambre, 1911, p. 54.

tère public ; parlant de l'appel du jugement, il déclara : « Il « sera dirigé contre la partie qui aura provoqué la con-
« damnation, c'est-à-dire contre le ministère public (1). » Il eut même l'occasion de défendre cette opinion contre les attaques de M. Milliard, qui voulait exceptionnellement retirer ce pouvoir au représentant de la société. Il affirma très catégoriquement (2) qu'il n'entendait pas déroger, sur ce point, aux règles du droit commun, d'après lesquelles, en présence d'un délit, le ministère public a le droit et le devoir de poursuivre le coupable et de requérir contre lui l'application de peines, sans même avoir à attendre la plainte de la partie lésée. C'était cette plainte du défendeur qui devait constituer, de l'avis de M. Milliard et du Comité judiciaire de législation (3), la condition *sine qua non* de la mise en mouvement de l'action publique. Il en est ainsi en matière d'adultère ; mais on comprend facilement les raisons qui ont fait admettre, dans ce cas spécial, une dérogation aux règles du droit commun. Ces raisons ne se rencontrent pas dans notre hypothèse. D'ailleurs, dans celle-ci, plus peut-être qu'en aucune autre, ce droit d'initiative du ministère public est non seulement utile, mais indispensable. Les amateurs de chantage pourraient être tranquilles, ils pourraient donner libre cours à leur audace si l'on devait attendre une plainte de la victime pour les poursuivre et les condamner ; celle-ci n'aura qu'un désir, c'est que le silence se fasse le plus rapidement possible sur cette douloureuse affaire. La condamnation du coupable lui importe peu ; elle ne saurait, en tous cas, réparer le grave préjudice qui a été causé à son honneur. Par contre, la société a le plus grand intérêt, un intérêt de premier ordre, à réprimer sévèrement les manœuvres des misérables qui tentent de déshonorer une honnête famille. Car attaquer la famille, c'est attaquer la société elle-même.

(1) Guillier. Sénat. Déb. J. Off., 11 nov. 1910, p. 1726, 3^e col.

(2) Guillier. Sénat. Déb. J. Off., 9 nov. 1912, p. 1341, 1^{re} col.

(3) Le texte proposé par M. l'avocat général Rambaud et M. Baliman fut défendu au Sénat par M. Strauss à la séance du 8 nov. 1912, p. 1340 *seq.*

Tous les coups qui sont portés à la base de l'édifice ont leur répercussion dans ses plus lointaines parties et ébranlent la solidité de la masse entière. Pour toutes ces raisons juridiques et morales, c'est le droit et le devoir du défenseur de la société de requérir contre les auteurs de désordre et d'anarchie. Cette solution, qui a été également consacrée par M. le Garde des Sceaux, dans sa circulaire du 7 décembre 1912 relative à la disposition pénale de la loi du 16 novembre, a le double avantage d'être conforme aux principes généraux de la procédure et aux intérêts sacrés de la famille et de la société (1). Cependant, dans le commentaire qu'il a publié sur la loi nouvelle, le rapporteur à la Chambre refuse ce droit au ministère public (2). Il ne le fait pas pour des raisons juridiques, mais pour des raisons de sentiment très curieuses. Il constate que les instances en recherche de paternité présentent toujours, par quelque côté, un caractère mystérieux. Il s'émeut, en particulier, de la situation équivoque d'un défendeur, qui, par suite de certaines circonstances aurait gagné son procès bien qu'il fût secrètement convaincu de ses torts. Si donc le ministère public requiert spontanément une condamnation, notre homme se trouvera dans cette cruelle alternative ou de laisser condamner un individu qu'il sait innocent, ou de dévoiler, pour éviter une épouvantable erreur, certaines particularités de sa vie intime dont la révélation accroîtrait encore le scandale. Il faut avouer qu'il y a là un cas de conscience des plus troublants ; il ferait certainement la joie de beaucoup de nos romanciers et dramaturges modernes, tant avides de crises morales. D'ailleurs, l'opinion de M. Viollette n'a que la valeur d'un avis personnel, peut-être même seulement d'un vœu. Il eût fallu un texte exprès pour apporter, en notre matière, une exception particulière à la règle générale. Or, non seulement ce

(1) En ce sens, Guillier. *Sén. Déb. J. Off.*, 11 nov. 1910, p. 1726, 3^e col. — Circulaire du Garde des Sceaux du 7 déc. 1912. — Wahl, *loc. cit.*, n° 138, p. 101. — Capitant et Colin, *op. cit.*, p. 319. — Brun, *op. cit.*, p. 189.

(2) Rapp. à la Chambre 1911, p. 56, 57.

texte n'existe pas, mais on a maintes fois déclaré, au cours des débats, qu'il fallait se conformer au droit commun.

Mais s'ensuit-il qu'il faille reconnaître au *seul ministère public* le droit de provoquer la condamnation ? Il a été également reconnu à la partie lésée. « Le défendeur, dit « M. Girard, qui voudra faire condamner son adversaire à « des dommages-intérêts, sans préjudice des pénalités « prescrites par l'article 3, indiquera, dans des conclusions « signifiées, les faits qui établissent, d'après lui, que le de- « mandeur est de mauvaise foi » (1). Le rapport à la Chambre est également dans le même sens (2). Cette interprétation peut cependant paraître surprenante. Sans doute, une partie peut déposer des conclusions à fin de condamnation pécuniaire contre l'autre partie, car, en ce cas, elle cherche à obtenir une certaine somme d'argent destinée à réparer le préjudice qui lui a été causé. Mais quel avantage procure à un plaideur la condamnation à une peine d'emprisonnement prononcée contre son adversaire ? C'est un principe général de droit, qu'on ne peut formuler de conclusions qu'à son profit personnel. Il est certain que le défendeur ne saurait adresser des réquisitions au tribunal, en vue de l'application de la peine : ce droit est exclusivement réservé au ministère public. Mais il peut, tout au moins, déposer une plainte en diffamation contre le demandeur ; il ne peut exercer l'action publique, mais il a le droit de la mettre en mouvement et de provoquer l'intervention du ministère public (3). C'est à celui-ci à prendre des conclusions ; mais il ne semble pas que le tribunal

(1) Girard. Sénat. Déb. *J. Off.*, 9 nov. 1912, p. 1341, 3^e col.

(2) Rapport à la Chambre 1911, p. 56. — Les arguments fournis à l'appui de cette opinion sont d'ailleurs très inattendus. Contra Wahl, *loc. cit.*, n° 138, p. 100. — Nast, *Rev. critiq.*, p. 548.

(3) En ce sens Capitant et Colin, *op. cit.*, p. 319. — Brun, *op. cit.*, p. 191 et suiv. et les auteurs cités. — Voy. sur ce point un jugement du tribunal civil de Corbeil qui, en rejetant les conclusions du défendeur à fin de condamnation pénale, non requise par le ministère public, a paru reconnaître au défendeur le droit de requérir lui-même la peine ; il a en effet implicitement déclaré la demande recevable, par ce fait qu'il a considéré que la mauvaise foi de la

soit lié par l'avis de ce magistrat. On ne peut, en ce sens, refuser au défendeur le pouvoir de faire condamner son adversaire aux peines édictées contre le chantage, si l'on ne veut rendre son droit illusoire, en le laissant dépendre du bon plaisir du ministère public.

Cependant, il ne faut pas aller jusqu'à décider que le tribunal civil pourrait prononcer d'office la peine, sans avoir été sollicité par personne. Il ne saurait, en effet, avoir des droits plus étendus que le tribunal correctionnel, qui ne peut statuer que sur les affaires dont il est saisi. D'ailleurs, l'article 50, dont on a tant de fois tiré argument en faveur du système de la loi, ne dit-il pas que la contravention sera « *poursuivie* », c'est-à-dire qu'il y aura eu préalablement une réquisition du ministère public. Cette solution n'est que l'application du droit commun ; celui-ci doit, en l'absence de texte contraire, régler ce délit qui n'est qu'un cas nouveau de chantage (1). D'ailleurs, la circulaire du 7 décembre 1912 est formelle en ce sens : « A défaut « des réquisitions du ministère public, le tribunal ne sau- « rait appliquer les sanctions prévues par l'article 3 de la « loi nouvelle » (2).

Il est nécessaire qu'un *débat* sérieux s'engage sur l'existence de la mauvaise foi et la nécessité de la sanction. Un homme ne saurait être condamné à l'improviste sans avoir été appelé à se défendre (3). On a maintes fois répété au cours des débats que toutes les garanties de la procédure criminelle devaient être scrupuleusement observées. Une des plus essentielles est assurément de prévenir un homme de la condamnation qui le menace. Il faut encore que l'in-

demanderesse n'était pas suffisamment établie, pour qu'il y ait lieu à l'application de l'art. 400 § 2 C. pén. — Voy. Corbeil, 13 nov. 1913. *Gaz. Trib.* 14 mars 1914.

(1) Viollette. Rapport, *Commentaire*, p. 57.

(2) Dans le même sens Guillier. Sénat. Déb. *J. Off.*, 11 nov. 1910, p. 1726, 3^e col. — Viollette, *Commentaire*, p. 57 (rapport à la Chambre contra). — Vigie. *Lois nouvelles*, 1913, p. 31. — Capitant et Colin, *op. cit.*, p. 319. — Brun, *op. cit.*, p. 194. — Wahl, n° 138, p. 101, 102.

(3) Girard. Sénat. Déb. *J. Off.*, 9 nov. 1912, p. 1341, 3^e col.

culpé comparaisse devant le tribunal, qu'il soit mis à même de présenter sa défense, qu'il puisse invoquer tous les faits et témoignages de nature à le disculper. C'est un point sur lequel on a longtemps bataillé au Sénat. M. Milliard croyait ou feignait de croire que le prévenu serait livré, pieds et poings liés, au pouvoir arbitraire du juge, qui déciderait secrètement de son sort. C'était surtout pour cette raison qu'il demandait qu'on laissât au tribunal correctionnel le soin de prononcer les peines prescrites. Ces craintes, très exagérées, furent apaisées par les déclarations formelles du rapporteur et du Garde des Sceaux. Il est bien entendu — c'est là une règle générale du Code de procédure civile — que le tribunal pourra ordonner la comparution personnelle des parties. C'est pour lui non seulement une faculté, mais une obligation, un « devoir » (1). « Les magistrats du « Parquet devront signaler au tribunal, que le défendeur « doit être appelé à s'expliquer en personne, avant qu'une « condamnation pénale puisse être prononcée » (2). La circulaire adressée, le 7 décembre 1912, aux procureurs généraux par M. le Garde des Sceaux insiste tout particulièrement sur ce point. Cette comparution personnelle du prévenu est chose si naturelle, qu'on s'explique bien aisément le silence de la loi. Comme le dit M. Viollette « c'est une « formalité trop évidente » (3). On interpellera donc le prévenu à comparaître par la signification d'un jugement de comparution en Chambre du Conseil ; il est indispensable que l'inculpé ait été « dûment appelé ». Bien que non écrits dans la loi, ces mots y sont implicitement contenus. Quel est le tribunal qui ne sentira le « devoir de conscience » de s'éclairer en entendant le demandeur lui-même et, s'il est nécessaire, les témoins ? Il pourra et « devra » même recourir à tous les moyens d'information prévus par la loi (4). L'inculpé « exposera personnellement ses « raisons » ; « il pourra être confronté avec son adver-

(1) Garde des Sceaux. Sénat, Déb. *J. Off.*, 9 nov. 1912, p. 1340, 3^e col.

(2) *Id.*, p. 1342, 1^{re} et 2^e col.

(3) Rapport à la Chambre 1911, p. 59.

(4) Guillier. Sénat. Déb. *J. Off.*, 9 nov. 1912, p. 1340, 2^e col.

« saire » ; « il sera assisté d'un avoué et d'un avocat ». « Il « aura la faculté de demander les renvois qui lui seront « nécessaires pour le complément de sa défense » (1). Le tribunal devra ordonner toutes les enquêtes qu'il jugera indispensables, enquêtes civiles naturellement (2), ainsi que toutes les dépositions de témoins. Le prévenu pourra, d'ailleurs, demander « des comparutions supplémentaires « de témoins » (3). Bref, le débat sera lié, poursuivi contradictoirement avec l'intéressé, assisté de ses conseils et pourvu de toutes les garanties habituelles. Les droits imprescriptibles de la défense seront sauvegardés. « Les magistrats « du Parquet, conclut la circulaire du 7 décembre 1912 « qui est presque entièrement consacrée à l'examen de « cette question, devront se rappeler qu'ils n'auront con- « tribué à l'interprétation fidèle des intentions du législa- « teur qu'à la condition de s'appliquer, avant tout, à l'ob- « servation de ce principe essentiel de notre droit : la « liberté de la défense ».

Le tribunal a les pouvoirs les plus larges pour apprécier le *degré de culpabilité* de l'accusé ; il devra proportionner la peine au préjudice causé et à la malignité du demandeur. Il semble même que la démonstration de la preuve de la mauvaise foi ne doive point entraîner nécessairement une condamnation pénale (4). « La même peine pourra « être appliquée, dit l'article 3 de la loi ». On a essuyé (5), en faisant état de déclarations équivoques, de prouver que l'application de la peine était obligatoire, si la mauvaise foi était démontrée. La vérité est que cette question n'a jamais été débattue, discutée, et que le législateur n'a pas eu l'intention de lui donner une solution quelconque. Il nous paraît difficile d'admettre que le tribunal soit contraint de prononcer une peine contre le demandeur de mauvaise foi ; c'est une question d'appréciation, de mesure ; tout dépend des faits et des particularités de la cause. Quoi qu'il en soit, les tribunaux auront la faculté d'abaisser, autant que pos-

(1, 2 et 3) Guillier. Sénat. Déb. J. Off., 9 nov. 1912, p. 1340, 2° et 3° col.

(4) En ce sens, Lavollée, *op. cit.*, p. 201.

(5) Voy. Wahl, *loc. cit.*, p. 100, n° 137.

sible, le taux de la peine ; ils pourront même n'appliquer qu'une « faible amende ». Car, si l'article 400 du Code pénal est applicable à la matière, l'article 463 l'est également, et par suite il est possible d'admettre des circonstances atténuantes. Le rapporteur l'a expressément déclaré (1).

Il sera donc possible de doser avec équité le taux de la pénalité, en tenant compte de tous les faits de la cause, de l'honorabilité du défendeur et de la gravité du préjudice qui lui a été causé.

Il semble indiscutable que la peine puisse frapper la mère, ou le tuteur, ou l'enfant lui-même. Cependant, l'article 3 de la loi ne parle que du « *demandeur de mauvaise foi* ». Or, quand l'action est exercée pendant la minorité de l'enfant, elle l'est au nom de ce dernier ; c'est donc lui qui est le véritable demandeur ; la mère ou le tuteur n'agit que comme représentant légal. On ne saurait donc frapper d'une peine l'enfant mineur, qui ne plaide pas en personne, ni son représentant, qui n'agit pas en son propre nom. L'article 3 de la loi ne trouverait donc application qu'au cas très rare où l'action serait intentée par l'enfant majeur (2). Si cette interprétation devait être admise, la disposition pénale de la loi resterait lettre morte. Bien que ce soit une règle générale de comprendre dans un sens strict les textes édictant une pénalité, il ne nous paraît guère possible de restreindre de la sorte l'application de l'article 3 de la loi nouvelle, sans méconnaître l'esprit et le but du législateur. Nous sommes dans une matière tout à fait exceptionnelle, où les principes du droit ont dû se modeler sur la réalité des faits. C'est donc moins à l'observation formaliste des règles rigides d'interprétation juridique, qu'à la pénétration de la pensée et des intentions du législateur, qu'il faut s'attacher, si l'on veut appliquer d'une façon utile et efficace les dispositions de la loi. Or, il est indéniable qu'en employant l'expression générale et peut-être impropre de « demandeur de mauvaise

(1) Cf. projet sénatorial art. 8. — Rapport au Sénat 1908, n° 369, p. 46. — Guillier. Sénat. Déb. *J. Off.*, 9 nov. 1912, p. 1339 1^{re} col. — Rapport à la Chambre 1911, p. 61.

(2) Voy. Capitant et Colin, *op. cit.*, p. 319.

« foi », le législateur n'a entendu faire aucune distinction entre l'enfant, la mère ou le tuteur ; la peine est appliquée à celui qui a l'initiative de l'action (1). Il serait certainement bien surpris si l'on devait donner à son texte cette interprétation restrictive, et le but de la loi serait complètement manqué si les mères naturelles pouvaient impunément multiplier les procès en recherche de paternité. Il faut donc appliquer la loi de façon à ce que cette surprise du législateur n'ait pas lieu et que la mesure énergique, qu'il a jugé utile d'édicter, ne soit pas inopérante. Or, c'est moins contre l'enfant qui intenterait l'action à la majorité, que contre la courtisane, l'intrigante, l'ouvrière frivole qui poursuivrait un honnête homme de ses accusations calomnieuses, qu'est dirigée la disposition exceptionnelle de l'article 3 de la loi nouvelle. C'est de leur part que le chantage est à craindre, car il est le fait des femmes de mauvaise vie, et la fille tombée est parfois tentée de chercher à tirer profit de sa propre faute. Il faut voir, dans la mesure de rigueur prise contre les demandeurs de mauvaise foi, la contre-partie de la règle qui ouvre libéralement l'action en paternité à tout individu, à toute femme, même à la prostituée. C'est là, croyons-nous, la vraie raison de l'article 3 ; il faut lui permettre de remplir le but auquel il est destiné.

La décision du tribunal sur la question de filiation et la décision sur la sanction pénale doivent être contenues dans un *seul* et *même* jugement. Par une même sentence, le tribunal débouterait le demandeur et prononcerait, s'il y a lieu, une condamnation. Le texte de l'article 8 du projet sénatorial affirmait nettement cette solution : « S'il appert « que le procès a été intenté de mauvaise foi, disait-il, le « tribunal saisi pourra, en *rejetant la demande*, prononcer « contre le demandeur les peines... ». L'article 3 de la loi nouvelle n'est, sans doute, pas rédigé d'une façon aussi explicite, mais le rapporteur au Sénat a pris soin de déclarer que les retouches faites à la rédaction primitive ne

(1) *Rev. trimestrielle*, 1913, p. 613.

changeaient rien au fond (1). « Il n'interviendra, a-t-il dit, qu'une seule décision, tranchant à la fois la question de droit civil et la question de droit pénal, qui sont intimement liées » (2). A quoi bon deux sentences, puisque la même instance se déroule sans interruption, puisque les mêmes juges sont appelés à examiner les deux faces de la question, puisque les mêmes motifs contribueront au rejet de la demande principale et à l'application de la sanction pénale. D'ailleurs, en confiant au tribunal civil le soin de prononcer la condamnation, le législateur a précisément eu pour but d'abrégé les débats et d'assurer une répression rapide du délit de chantage. On peut adresser à cette solution une légère critique, c'est que, au cas où l'on découvrirait par la suite la preuve de la mauvaise foi du demandeur, il serait impossible de le poursuivre. Le débat est clos ; l'affaire est définitivement réglée par le jugement ; on opposerait à la demande l'exception de chose jugée.

*
**

Il est indéniable que le législateur a entendu réserver aux parties le bénéfice des *deux degrés de juridiction* ; il n'y avait aucune raison de déroger au droit commun, et ces affaires sont suffisamment graves pour justifier la nécessité de l'appel (3). Le demandeur condamné a assurément le droit d'interjeter appel de la décision du tribunal civil. Mais il semble bien que le ministère public, qui a requis la peine, a également le droit de porter l'affaire devant la Cour (4). En effet, c'est lui qui exerce l'action publique ; il est donc en ce sens partie principale au procès ; et si, contrairement à ses conclusions, le tribunal absout le demandeur, il a le droit d'émettre appel de la décision rendue. En outre, la circulaire du 7 décembre 1912 confère expressément ce droit au ministère public

(1) Rapport supplémentaire au Sénat, 1910. Doc. parl., *J. Off.*, p. 990.

(2) Guillier. Sénat. Déb. parl. *J. Off.*, 9 nov. 1912, p. 1339, 1340.

(3) Rapport à la Chambre, 1911, p. 60.

(4) Voy. Brun, *op. cit.*, n° 113, p. 197 *seq.*

au cas où celui-ci ayant requis que l'intéressé soit entendu ou tout ou moins dûment appelé, le tribunal, contre toute attente, passerait outre à ses réquisitions. D'ailleurs, il est de principe, et la jurisprudence ne fait que le confirmer, que le ministère public peut agir de sa propre initiative dans toutes les affaires qui intéressent l'ordre public.

Est-il nécessaire de faire appel des *deux* chefs du jugement, du débouté et de la sanction pénale ? Il ne le semble pas. Les deux questions, bien que voisines, sont tout à fait distinctes. La condamnation est prononcée par le tribunal civil, mais celui-ci joue le rôle d'un tribunal correctionnel. Les deux décisions sont fictivement contenues dans une seule et même sentence. D'ailleurs, il est fort possible de faire appel d'un seul chef d'un jugement, en acquiesçant sur les autres points. Enfin, si l'on reconnaît, avec le Garde des Sceaux, au ministère public le droit d'interjeter appel, celui-ci ne saurait le faire que relativement à la condamnation pénale. Il n'a pas qualité pour émettre appel de la décision sur le côté civil du procès. C'est donc que ces deux aspects de la question, bien qu'ayant entre eux des rapports assez étroits, sont nettement séparables. Le demandeur condamné pour chantage peut parfaitement, tout en acquiesçant à la partie du jugement qui déclare mal fondée sa demande en recherche de paternité, interjeter appel du chef de la peine prononcée contre lui (1). Le rapporteur a appuyé cette solution de son autorité (2).

Bien que le texte de l'article 3 ne parle que du « tribunal », il faut reconnaître à la Cour d'appel le même pouvoir d'appréciation et de critique (3). Cependant, la peine ne peut être requise pour la première fois devant la Cour, si elle ne l'a été d'abord devant le tribunal civil ; c'est une demande nouvelle ; on supprimerait alors, en ce cas, le bénéfice du double degré de juridiction. Par contre, la

(1) En ce sens Wahl, *loc. cit.*, n° 140, p. 105. — Contra Brun, *op. cit.*, n° 115, p. 206.

(2) Guillier. Sénat. Déb. J. Off., 11 nov. 1910, p. 1726, 3° col.

(3) Capitant et Colin, *op. cit.*, p. 319.

Cour est libre de confirmer ou de réformer le premier jugement, soit qu'elle condamne, soit qu'elle absolve le prévenu, alors que le tribunal civil s'était prononcé en sens contraire. Cependant, le rapport à la Chambre paraît contester cette solution. « Le fait que le tribunal n'a
« pas cru devoir, dit M. Viollette, prononcer la pénalité,
« prouve bien que l'intention de nuire est, à tout le moins,
« fort douteuse, puisqu'elle n'a pas entraîné, chez les pre-
« miers juges, une conviction de culpabilité. Cette simple
« constatation est suffisante pour achever de persuader
« ceux qui pourraient regretter que la Cour ne jouisse
« pas, à cet égard, d'un droit d'initiative analogue à celui
« du tribunal » (1). Ainsi donc, d'après M. Viollette, l'appel serait possible contre un jugement qui aurait prononcé une pénalité, mais non pas contre une décision qui aurait absous le prévenu — et cela sous prétexte qu'en ce dernier cas la culpabilité de l'accusé est douteuse ! Mais, de ce qu'elle est douteuse pour le tribunal, s'ensuit-il qu'elle le soit nécessairement pour la Cour qui pourra être mieux éclairée ? La juridiction d'appel a les mêmes pouvoirs que celle du premier degré. Admettre la solution contraire, ce serait apporter au droit commun une grave et inutile dérogation ; ce serait priver injustement les plaideurs du bénéfice du double degré de juridiction. Il faudrait un texte exprès qui fait défaut. Sans doute, le législateur n'a parlé que du tribunal civil, mais il résulte, jusqu'à l'évidence, des travaux préparatoires, que cette expression a été employée comme synonyme de « juridiction civile », « juges civils », par opposition avec « tribunal correctionnel ». Il faut donc déclarer la distinction faite par M. Viollette, qui n'a pas été toujours très heureux dans cette partie de son rapport, arbitraire, antijuridique, injustifiable en droit et en législation (2).

Mais l'appel suivra-t-il les règles d'un appel en matière

(1) Rapport à la Chambre, 1911, p. 60.

(2) Tous les auteurs et commentateurs s'accordent à blâmer la solution de M. Viollette. — Wahl, *loc. cit.*, n° 139, p. 103. — Brun, *op. cit.*, p. 208 seq.

civile ou d'un appel en matière *correctionnelle* ? (1). Question fort importante à laquelle on n'a donné que des réponses rapides et fragmentaires. Le rapporteur a eu l'occasion d'indiquer très brièvement que cet appel doit être interjeté dans les délais ordinaires en matière correctionnelle, c'est-à-dire dans les dix jours du jugement (article 203, C. instr. crimin.). Il ajouta, d'ailleurs aussitôt, que si l'on trouvait ce délai insuffisant, il ne voyait pas d'inconvénient à ce qu'on appliquât le délai de deux mois adopté en matière civile. Mais il conclut en ces termes : « Je suis d'avis que, s'agissant d'une peine correctionnelle, « on devra, en ce qui concerne les formes et les délais « de l'appel dirigé exclusivement contre le chef du jugement relatif au délit, se conformer à la procédure tracée pour les appels en matière correctionnelle » (2). D'où l'appel serait jugé par la Chambre correctionnelle de la Cour ; il serait formé par une déclaration au greffe, etc... Ainsi, d'après le rapporteur au Sénat, il faudrait distinguer selon que l'appel porterait sur l'ensemble du jugement ou qu'il porterait seulement sur la décision touchant la sanction pénale. Dans le premier cas, la Cour reprendrait l'examen de l'affaire, dans les mêmes conditions que l'avait fait le tribunal civil, c'est-à-dire en jugeant à la fois la question de droit civil et la question de droit pénal. Dans le second cas, seule la Chambre correctionnelle de la Cour d'appel serait admise à statuer sur l'affaire. Cette distinction paraît fort subtile et en contradiction avec l'esprit de la loi. Sans doute, au cas où l'appel ne vise que le chef du jugement relatif à la peine, l'avantage que présentait l'attribution de compétence au tribunal civil disparaît. Un nouveau procès s'engage et le droit commun exige qu'il soit instruit par la Chambre correctionnelle. Mais, d'autre part, puisque des motifs supérieurs ont amené le législateur à confier au tribunal civil le rôle d'un tribunal répressif, ces mêmes motifs réclament logiquement une

(1) Il est certain que le tribunal civil, statuant sur la peine, devra appliquer les règles du Code de procédure civile.

(2) Guillier. Sénat. Déb. parl. *J. Off.*, 11 nov. 1910, p. 1726, 3^e col.

solution identique et parallèle quand il s'agit de la Cour d'appel. La situation est la même dans les deux cas ; le chantage est aussi redoutable ; il y a les mêmes raisons de laisser aux juges civils le soin d'examiner le côté civil et le côté pénal du procès. Ainsi, outre l'inconvénient grave qu'il y a à admettre, dans des hypothèses très voisines, des solutions très différentes, on ne conçoit pas l'avantage réel que pourrait avoir un prévenu à être jugé par la Chambre correctionnelle de la Cour. Tous les praticiens savent bien qu'en matière d'appel correctionnel les Cours rendent leurs décisions sans entendre les témoins, et même le plus souvent sur de simples notes d'audience. Le rapporteur a fait lui-même cette remarque à la tribune du Sénat (1). Il nous paraît donc inutile et dangereux de compliquer à plaisir une loi déjà si touffue. On a donné au tribunal civil le pouvoir de prononcer des peines ; *a fortiori*, on a accordé ce même pouvoir à la Chambre civile de la Cour d'appel (2). Si, sur de simples questions de formes, on s'ingénie à subtiliser et à provoquer des discussions byzantines, on finit par rendre les lois inapplicables.

Une conséquence curieuse de la disposition de l'article 3 de la loi nouvelle, c'est que la *contrainte par corps* pourra être exercée pour le recouvrement des amendes, des frais du procès et même des dommages-intérêts. Sans doute, la contrainte par corps a été abolie en matière civile par la loi du 22 juillet 1867, article 1^{er}, mais elle subsiste en matière criminelle et correctionnelle (art. 2). Or, c'est en vertu de l'article 400 du Code pénal que la condamnation sera prononcée. Quand le tribunal aura reconnu la mauvaise foi du demandeur, et considéré qu'il s'est rendu coupable du délit de chantage, il peut, en prononçant les peines édictées par l'article 3, allouer à la victime du délit une certaine somme, à titre de réparation du préjudice moral qui lui a été causé. Celle-ci pourra exercer la contrainte par corps afin de se faire payer le montant de cette indem-

(1) Guillier. Sénat Déb. *J. Off.*, 9 nov. 1912, p. 1340, 3^e col.

(2) En ce sens : Wahl, *loc. cit.*, n^o 140, p. 104. — Brun, *op. cit.*, p. 207. — Vigé, *loc. cit.*, p. 32.

nité ; car ce mode d'exécution est applicable à toutes les conséquences d'un délit, que ce soit en faveur de l'Etat ou en faveur des particuliers que les condamnations pour réparation de crimes, délits ou contraventions aient été prononcées. Ces dispositions sont expressément étendues par la loi de 1867 au cas où ces condamnations auraient été prononcées par un tribunal civil (1). Le rapport à la Chambre confirme ces solutions très juridiques (2).

Mais il arrivera souvent que le tribunal ne déclarera pas qu'il y a eu délit de chantage, et condamnera cependant le demandeur pour abus de citation à des dommages-intérêts en faveur de la partie lésée. Il est, en effet, hors de doute que la loi de 1912 n'a pas voulu substituer, dans son article 3, les sanctions pénales aux sanctions civiles de droit commun. Elle a plutôt eu pour but de renforcer celles-ci par celles-là, étant donnée la gravité des intérêts en jeu ; elles subsistent côte à côte et sont absolument indépendantes. On sait, d'autre part, que les tribunaux ne font aucune difficulté pour accorder des dommages-intérêts, non seulement au cas où un préjudice pécuniaire a été causé, mais encore au cas où la victime se plaint d'un simple préjudice moral (3). Or, ce préjudice peut exister sans que le demandeur soit convaincu de mauvaise foi, les deux points de vue sont très différents. Le tort causé ne suppose pas nécessairement l'intention de nuire chez son auteur ; ce sont, d'ailleurs là des notions courantes en droit. Il est certain que des dommages-intérêts alloués dans cette hypothèse ont un caractère purement civil et ne sauraient être recouvrés à l'aide de la contrainte par corps. Le mode d'exécution dépend donc ainsi de l'appréciation que fait le tribunal de la conduite du demandeur. Si le délit de chantage est retenu contre lui et si des peines sont prononcées, la contrainte par corps devient applicable même aux dommages-intérêts, qui sont considérés

(1) Loi du 22 juillet 1867, art. 4 et 5.

(2) Rapport à la Chambre, 1911, p. 61.

(3) Voy. sur ce sujet Mantelet. *La réparation du préjudice moral*. Thèse Paris 1907.

comme conséquence du délit. Sinon la condamnation aux dommages-intérêts a un caractère purement civil. Cette solution peut paraître étrange, mais elle est conforme aux principes du droit (1).

*
**

Nous avons ainsi fini d'examiner les conditions dans lesquelles pourra fonctionner l'article 3 de la loi nouvelle. Nous avons constaté que plus d'un point était resté obscur, mal élucidé ; il peut en résulter de longues et regrettables controverses. Peut-être une refonte de ce texte par le législateur ne serait-elle pas inutile. Quoi qu'il en soit, cette innovation qui a soulevé tant de protestations, tant d'indignation même, ne paraît pas offrir réellement les graves inconvénients qu'on redoutait de ce « bouleversement dans l'ordre des juridictions ». Si l'on veut bien faire, un instant, abstraction des principes juridiques, et voir les choses telles qu'elles sont, on s'aperçoit alors que cette grande révolution n'introduit, *en fait*, dans le fonctionnement de nos tribunaux qu'une modification sans importance. Dans la grande majorité des tribunaux de province, ce sont les mêmes magistrats, qui jugent les affaires civiles et les affaires correctionnelles. L'unique changement consiste dans ce fait, qu'ils siègent, selon les cas, dans des salles différentes. Si donc l'on se dégage des cadres étroits de la procédure et qu'on regarde face à face la réalité, on voit que cette audacieuse nouveauté, qui a suscité une si grande émotion dans le monde des juristes et des magistrats, se réduit en définitive à une question de forme, moins que cela à une question de salle. Et nous raillons aujourd'hui les interminables et subtiles discussions des docteurs et des moines du Moyen Age !

En pratique, l'article 3 offre des avantages évidents. Les magistrats, qui ont étudié le côté civil de l'affaire, qui ont procédé aux enquêtes, entendu les témoins, pris contact avec les parties, sont les mieux qualifiés pour apprécier la conduite du demandeur et dévoiler sa mauvaise

(1) Rapport à la Chambre 1911, p. 61.

foi. Ils rendront ainsi un jugement unique, cohérent ; si l'on avait fait appel à deux juridictions différentes, on eût obtenu parfois des décisions en sens contraire, dont l'effet est désastreux sur la conscience populaire, et qui n'eussent fait qu'accroître l'audace des maîtres chanteurs. Il fallait une justice « sûre et rapide » (1). Si, d'une part, le législateur doit faire une application scrupuleuse des règles juridiques, d'autre part il doit avoir le souci de la réalité des faits et le sens de la vie. L'intérêt de la famille, fondement de la société, est de tous le plus sacré ; toutes les lois, qui modifient son statut, sont graves et délicates ; leurs conséquences peuvent lui être fatales. Or, une loi autorisant la recherche de la paternité naturelle est nécessairement dangereuse, inquiétante pour la famille ; les partisans de la réforme l'ont eux-mêmes avoué plus d'une fois. Des mesures efficaces de protection et de défense devenaient donc indispensables. On ne pouvait les édicter sans enfreindre gravement les principes juridiques ; mais qui songerait à sacrifier les intérêts de la famille à l'observation trop formaliste des règles du droit ? Il faut donc, pour cette raison pratique, si légitime, si impérieuse, excuser, au moins en partie, l'hérésie juridique dont s'est rendu coupable le législateur de 1912. Autrement, c'était le chantage qui se donnait libre cours, c'étaient les intrigantes, qui traînaient impunément devant les tribunaux les familles les plus honorables. C'est alors que les paroles de l'avocat général Servan eussent pris une triste actualité, et que la fortune de la loi nouvelle eût pu être gravement compromise. Les tribunaux comprendront l'importance et la délicatesse de la mission qui leur est confiée, mission de défense sociale et de sauvegarde de l'honneur des citoyens. Ils sauront, avec leur tact habituel, discerner la bonne foi et la malignité ; pénétrés de la gravité des intérêts dont ils ont la garde, ils ne devront pas hésiter à appliquer avec fermeté les sanctions sévères, mais nécessaires à la protection de la famille et au maintien de

(1) Guillier. Sénat. Déb. *J. Off.*, 9 nov. 1912, p. 1339, 2^e col. — Rapp. au Sénat, 1908, n^o 369, p. 45.

l'ordre social. Comme le disait très éloquemment M. le Garde des Sceaux : « On ne tardera pas à sentir qu'ici ce « ne sont pas seulement les intérêts privés qui sont en « cause, mais que *l'intérêt de la famille y est étroitement « lié à l'intérêt général*. Et l'impunité dans un cas pareil, « ce serait un scandale pour l'opinion publique ! » (1).

Est-ce à dire que la disposition exceptionnelle de l'article 3 de la loi du 16 novembre 1912 s'imposera toujours avec la même nécessité ? Nous ferons, sur ce point, une réponse analogue à celle que nous avons déjà faite, relativement à la question de la prescriptibilité de l'action en recherche de paternité. L'autorisation de la recherche est une nouveauté en France ; cette réforme, très généreuse, offre cependant des dangers multiples et graves. Il était donc de la plus élémentaire prudence de prendre quelques mesures de précaution efficaces et énergiques, afin d'accoutumer les esprits à cette nouvelle institution et de leur en faire comprendre la véritable portée. Peu à peu, cette idée entrera dans les mœurs, elle deviendra familière ; les individus seront moins tentés de l'employer à des fins mauvaises, auxquelles elle n'était pas destinée ; l'éducation sera faite et, de son côté, le législateur lui-même concevra moins de défiance à l'égard de sa propre réforme. Il pourra peut-être alors songer à se départir de cette attitude sévère et rigoureuse, et revenir insensiblement aux règles du droit commun.

(1) Garde des Sceaux Briand. Sénat. Déb. *J. Off.*, 9 nov. 1912, p. 1343, 1^{re} col.

CHAPITRE VIII

LA QUESTION DE L'APPLICABILITÉ DANS LE TEMPS DES LOIS RELATIVES A LA RECHERCHE DE LA PATERNITÉ NATURELLE

Une des questions les plus délicates et les plus discutées, que soulève le problème de la recherche de la paternité naturelle, est celle de l'applicabilité dans le temps des textes relatifs à ce sujet. Faut-il décider que même les enfants naturels, nés antérieurement à la promulgation de la loi, seront admis à bénéficier de ses dispositions, ou qu'au contraire, ils resteront soumis aux conditions de la loi ancienne ? Question difficile. La plupart des législateurs étrangers, prévoyant les controverses qui naîtraient infailliblement sur ce point, prirent la sage précaution d'indiquer au juge, grâce à des mesures transitoires, une solution nette. Malheureusement, en France, rien de pareil n'a été édicté jusqu'à ce jour ; nous verrons que ce regrettable oubli a donné lieu aux plus vives discussions en jurisprudence ; l'accord n'est pas encore fait ; et si l'on songe que, sous des arguments juridiques invoqués de part et d'autre, se cachent des raisons puissantes de sentiment, et que, peut-être, les adversaires de la réforme de l'article 340 se servent de ce prétexte, pour organiser la résistance et retarder l'application d'une loi qu'ils jugent funeste, on ne peut que déplorer davantage l'injustifiable négligence du législateur français.

On sait qu'au Code civil allemand a été annexée une loi concernant l'introduction du Code civil « Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche ». Elle contient des dispositions générales, destinées à faciliter l'application du nouveau Code et à régler d'importantes questions de

droit international privé ; elle règle dans la Section II les rapports entre le Code civil et les lois de l'Empire ; dans la Section III, les rapports entre le Code civil, les lois de l'Empire et les Etats confédérés. Enfin elle prescrit un certain nombre de dispositions transitoires (Übergangsvorschriften). En ce qui concerne la question de la recherche de la paternité, la loi d'introduction est conçue dans les termes suivants (art. 208) :

« *La situation juridique d'un enfant illégitime, né avant l'entrée en vigueur du Code civil, se détermine, à partir de cette entrée en vigueur, d'après les dispositions du Code ; cependant, par rapport à la recherche de la paternité, au droit de l'enfant de porter le nom de famille du père, et au devoir d'entretien du père, l'on continuera d'appliquer les lois antérieures.*

« *La mesure, dans laquelle un enfant illégitime, conçu avant l'entrée en vigueur du Code civil, a, pour un motif spécial, principalement à cause de sa conception pendant les fiançailles, droit à la situation juridique d'un enfant légitime, de même, la mesure dans laquelle le père et la mère d'un enfant pareil ont les droits et les devoirs de parents légitimes, se détermine d'après les lois antérieures* ».

« *Les dispositions de l'alinéa I s'appliquent aussi à l'enfant reconnu d'après le droit français ou les lois bádoises* ».

Ces dispositions ne laissent pas que d'être fort obscures. Dans le 1^{er} alinéa de l'article 208, on fait le départ entre les enfants nés avant l'entrée en vigueur du Code civil et les enfants nés après son instauration. C'est donc à l'époque de la naissance, qu'il faut se reporter pour savoir quelle est la loi qu'il convient d'appliquer. Mais dans l'alinéa II c'est la date de la conception qui nous est proposée comme critérium. Ce double régime dévoile l'incertitude du législateur allemand et enlève toute valeur à son système, au point de vue législatif. Etudions de plus près ces deux dispositions.

Aux termes de l'article 208 alinéa I, la situation juridique d'un enfant illégitime, né avant l'entrée en vigueur du Code civil, se détermine, à partir de cette entrée en vigueur (1^{er} janvier 1900) d'après les dispositions du Code. Cette première phrase consacre le principe de la rétroactivité de la nouvelle législation. Mais vient le correctif suivant : « Cependant, par rapport à la recherche de la « paternité, au droit de l'enfant de porter le nom de famille du père, et au devoir d'entretien du père l'on continuera d'appliquer les lois antérieures » (1). On voit donc que les rapports de l'enfant naturel avec son père et les rapports avec sa mère ne sont pas soumis au même principe. Tandis que, dès le jour de la mise en vigueur du Code civil allemand, l'enfant illégitime, existant au 31 décembre 1899, entre dans la famille de sa mère, et y occupe avec les droits et les devoirs qui y sont attachés, le rang d'un enfant légitime, tout rapport de famille est brusquement rompu entre lui et son père, il n'est pas autorisé à rechercher sa filiation paternelle, dans les Etats, où, comme en Alsace-Lorraine, la reconnaissance volontaire conférerait à l'enfant des droits importants à l'égard de son père, mais où la recherche de la paternité était interdite. Ainsi donc, rétroactivité quand il s'agit des rapports de l'enfant illégitime et de sa mère ; non rétroactivité, quand il s'agit de ses rapports avec son père. Pourquoi cette différence de traitement ? Les juristes allemands s'efforcent de la justifier de la façon suivante :

Ils commencent par convenir de la vérité du principe de la rétroactivité des lois concernant les questions d'état. Or, l'application de cette règle n'offre aucun inconvénient sérieux pour les mères naturelles, elle en présente de très graves à l'égard du père. Et revenant à cette idée, qui pour eux domine toute la matière de la filiation naturelle, ils disent : *Mater semper certa, pater incertus est*. La maternité est facile à établir : c'est un fait naturel, incontestable, dont l'acte de naissance est la preuve irrécusable. De

(1) Art. 208, loi d'introduction, alin. 1.

par la nature, l'enfant est lié à la mère. Pendant tout le temps de la gestation, il est attaché à ses organes ; il fait partie de ses entrailles (*matris viscera*). Toute la vie du nouveau-né, pour se conserver et se développer, exige que l'enfant ne soit pas séparé de la mère. Il n'y a donc pas lieu de distinguer entre les enfants nés avant ou après la promulgation du Code. Tous ont un égal besoin impérieux d'assistance. Et, s'il peut y avoir quelque inconvénient à imposer brutalement à une famille, en lui conférant tous les droits d'un enfant illégitime, le bâtard qui l'a déshonorée, il faut considérer aussi, qu'il serait cruel de refuser à celui-ci tout secours, parce que le hasard aveugle l'aurait fait naître quelques heures avant l'entrée en vigueur du Code. La détresse est un titre trop valable à la faveur des lois. Ces arguments ne sont que la répétition des motifs qui ont conduit le législateur allemand à faire à l'enfant naturel une situation aussi avantageuse dans la famille de sa mère.

Au contraire, vis-à-vis du père naturel, il n'y a plus les mêmes raisons de déclarer la loi rétroactive. Il est même nécessaire qu'elle ne le soit pas. « *Pater incertus est* ». Par suite, il faut rechercher la filiation paternelle. Et à raison de l'incertitude de la preuve, elle devient, avec le temps, de plus en plus difficile à établir. Si tous les enfants, nés antérieurement à la promulgation du Code, étaient admis à rechercher leur père, les débats porteraient souvent sur des faits très anciens ; les juges devraient fouiller un passé vieux de trente ou quarante ans ; les scandales, que l'on croyait oubliés, se réveilleraient soudain avec plus d'acuité ; le chantage trouverait de rares occasions de s'exercer. Enfin, ne serait-il pas injuste de livrer aux attaques d'aventuriers, un homme qui comptait sur le principe de l'interdiction de la recherche, et n'avait pas jugé utile de se ménager les moyens nécessaires pour repousser l'action. De plus, il convient d'observer que l'action en paternité n'a pas dans le Code civil allemand le caractère d'une action d'état, mais elle est seulement une action pécuniaire ; or, les dispositions légales, concernant les

réclamations de sommes d'argent ne rétroagissent pas (1). Telles sont les raisons par lesquelles les rédacteurs du Code civil allemand et les juristes allemands justifient, d'ordinaire, les règles de l'article 208 alinéa I de la loi d'introduction. Nous nous réservons le droit de les discuter bientôt.

Bien qu'en ce qui concerne la recherche de la paternité, la loi ne soit pas rétroactive, cependant, elle régit tous les enfants nés depuis le 1^{er} janvier 1900, eussent-ils été conçus antérieurement à cette date. Est-il besoin de faire remarquer que cette solution est tout à fait illogique. Du moment que l'on a posé le principe de la non rétroactivité, il fallait en déduire toutes les conséquences nécessaires, et ne pas exposer à une attaque imprévue, l'homme qui, à l'époque de la conception de l'enfant, pouvait se fier au principe de l'interdiction de la recherche.

C'est précisément cette solution qui a prévalu dans le cas spécial que vise l'article 208 alinéa 2. Nous avons vu que, avant 1900, un grand nombre d'États particuliers faisaient à l'enfant de fiancés (Brautkind) une situation privilégiée et lui conféraient la légitimité. Le Code civil allemand a supprimé toute distinction entre les enfants naturels ; mais, à titre transitoire, pour ne point bouleverser les situations acquises, et ne pas rompre soudain avec les anciennes coutumes il a décidé que l'enfant illégitime, conçu avant l'entrée en vigueur du Code civil, et qui a, pour un motif spécial, principalement à cause de sa conception pendant les fiançailles, droit à la situation juridique d'un enfant légitime, continuerait à être soumis aux lois antérieures. C'est d'après ces mêmes lois que se détermine la mesure dans laquelle le père et la mère de cet enfant auraient les droits et devoirs des parents légitimes (art. 208 alinéa 2). Ainsi, ces enfants ne sont régis par le nouveau Code, qu'autant que leur conception est postérieure au 15 janvier 1900. Ce principe est assurément préférable à celui qui se base sur l'époque de la naissance. Mais il suppose connue une date, celle de la conception,

(1) Conf. *Motive Einf.*, pp. 296-299.

qu'il est impossible de fixer avec certitude. Il faut donc décider, à notre avis, que tout enfant, né moins de 302 jours après la promulgation du Code est réputé avoir été conçu antérieurement à son instauration.

Enfin, le Code civil allemand prend soin de déclarer expressément que les dispositions de l'alinéa I de l'article 208 s'appliquent à l'enfant reconnu d'après le droit français ou les lois badoises (3^e alinéa). Ainsi, au 15 janvier 1900, tout rapport a cessé brusquement, sans transition, entre le père et l'enfant naturel. Le père a été déchu du droit de réclamer à son enfant une pension alimentaire ; toute vocation successorale a disparu entre eux. L'enfant a seulement conservé le droit de porter le nom de son père et d'exiger de lui le paiement de l'entretien. Pourquoi le législateur allemand a-t-il traité avec tant de ménagement les Brautkinder et fait montre de tant de sévérité à l'égard des enfants soumis aux lois française et badoise ?

Quant aux mères naturelles, elle ne peuvent réclamer leurs indemnités pour frais d'accouchement et autres dépenses, que pour les naissances postérieures à la mise en vigueur du Code (1). La date de la conception n'importe pas. Les dispositions qui les concernent n'ont, en effet, aucune raison de rétroagir ; car elles ne se fondent pas sur un droit de famille, mais uniquement sur la volonté du législateur (2).



La loi belge, du 6 avril 1908, renferme également une disposition transitoire, particulièrement intéressante à étudier. Elle est ainsi conçue : « *Sauf pour les cas d'action en « déclaration de paternité ou de maternité fondés sur la « possession d'état, la présente loi ne sera applicable « qu'aux enfants nés après le 300^e jour qui suivra sa publication* ».

(1) Planck, t. VI, p. 387-388, n^o 7. — Cf. Haléwyck, *op. cit.*, p. 178.

(2) *Motive Einführ*, p. 299.

L'adoption de cette disposition donna lieu à de très longs débats. En effet, la proposition de la loi de la Section centrale ne contenait aucune disposition transitoire ; au cours de la première discussion de la Chambre des Représentants, un amendement fut présenté dans ce sens par M. de Sadeleer. « La présente loi ne dispose que pour « l'avenir. Elle ne s'applique qu'aux enfants conçus postérieurement à sa mise en vigueur » (1). Le ministre de la Justice, dans un texte analogue, exprimait la même idée, mais sous une forme à notre avis plus satisfaisante, parce que plus précise. « La présente loi ne s'appliquera « qu'aux enfants nés après le 300^e jour qui suivra sa publication (2) ». On discuta ferme autour de ces deux textes. Les uns se retranchaient derrière l'article 2 du Code civil qui proclame la non rétroactivité des lois ; ils invoquaient les conséquences funestes auxquelles conduirait l'adoption du principe de la rétroactivité : insécurité pour les citoyens, manœuvres de chantage, réveil de vieux scandales, attaques imprévues, remaniement de situations depuis longtemps réglées, de successions liquidées depuis de longues années. Bref, il en résulterait un trouble profond dans l'ordre social (3). A cela, les autres répliquaient, qu'à l'égard des questions d'état, il était de principe que les lois qui les concernent régissent l'individu dès le jour de leur promulgation ; il n'est pas même question de rétroactivité. Et puis, peut-on parler de droits acquis ? Du moment que l'on est d'accord, pour faire disparaître du Code l'injustice que consacrait l'article 340, il ne reste plus que le droit de l'enfant ; et celui-ci en serait privé, parce qu'il a eu le malheur de naître quelques jours trop tôt ? On distinguerait deux catégories d'enfants : ceux qui pourraient se faire rendre justice ; et ceux qui continueraient à voir repousser, par une loi barbare, leurs revendications. Non, un père ne peut avoir de droit acquis à renier, mécon-

(1-2) Chambre des Représentants, n° 74, p. 99.

(3) Voy. De Sadeleer. — Woeste. — Van den Heuvel. Chambre 1906, n° 74, p. 99, 100, 101. — Huysmans. — Woeste. — Van den Heuvel, *eod. loc.*, n° 89, pp. 113 à 118.

naître son enfant, à se soustraire à un devoir sacré ; il n'y a pas de droit acquis à l'irresponsabilité (1). En première lecture, la Chambre des Représentants, se rangeant à l'avis des partisans de la non rétroactivité, adopta le texte proposé par le gouvernement. Mais, en deuxième lecture, ébranlée par les discours des adversaires de la disposition transitoire, elle revint sur son premier vote, et le repoussa par 67 voix contre 44. C'est dans cet état que la proposition de loi, votée par la Chambre des Représentants, fut présentée au Sénat. On sait que cette assemblée émit, sur la façon d'organiser la recherche de la paternité, un avis totalement différent de celui de la Chambre. La recherche de la paternité restait interdite, sauf dans le cas de possession d'état ; dans tous les autres cas, elle donnait seulement droit à la réclamation d'une pension alimentaire. Dès lors, la disposition transitoire prit la forme nouvelle qu'elle devait conserver jusqu'au vote définitif de la loi. En effet, avec cette conception de la question de recherche de la paternité, la controverse perd toute son acuité et tout son intérêt. Les enfants qui se trouvent en possession d'état, au moment de la promulgation de la loi, sont nécessairement soumis aux conditions de cette loi. Quant aux autres enfants naturels, ils ne peuvent réclamer qu'une pension alimentaire. Or, conformément aux principes généraux qui ne permettent pas à une loi « d'atteindre rétroactivement, même « au point de vue de la réparation civile, des actes qui se « sont passés avant sa promulgation, qu'il s'agisse de délits, « morale » (2), l'action pécuniaire de l'article 340 ne peut être accordée qu'aux enfants conçus après la mise en vigueur de la loi. Nous avons déjà rencontré une argumentation semblable dans la bouche du législateur allemand. Mais il y a de plus dans la pensée du législateur belge une idée de délit, de réparation de faute, qu'il est intéressant

(1) Voy. les discours de MM. Denis, Colaert (rapporteur), Vandervelde. Chambre 1906, n° 75, pp. 99 à 101. — Janson, Colaert, Destrée, Vandervelde, Bernaert, *eod. loc.*, n° 89, pp. 113 à 118.

(2) Rapport au Sénat belge n° 100, VI, p. 123 ; n° 117, p. 133.

de noter au passage. Cette rédaction de la disposition transitoire fut acceptée sans discussion par le Sénat et la Chambre des Représentants (1). Une distinction analogue à celle qui a été conservée par la loi du 6 avril 1908 avait été proposée, lors de la première discussion à la Chambre par M. Mechelynck (2). La loi eût eu un effet rétroactif, quand l'action eût été basée sur un aveu, la possession d'état, un acte criminel, ou la séduction de la mère ; on n'exceptait donc que le cas de concubinage. Mais cette solution fut combattue par le ministre de la Justice, comme irrationnelle et arbitraire.

Ainsi, d'après la loi belge, la faculté d'établir sa filiation paternelle, quand il s'agit d'enfants nés avant le 300^e jour après la promulgation de la loi, est accordée exclusivement à l'enfant qui fonde son action sur des faits de possession d'état. Quant aux autres, l'action en paternité de l'article 340, fondée sur d'autres cas que la possession d'état et l'action en pension alimentaire de l'article 340 *b* leur sont également refusées. Ils ne peuvent non plus profiter de la restriction apportée par l'article 342 *b* aux prohibitions des articles 331, 335 et 342 (3). La loi n'est donc applicable, qu'aux enfants nés après le 300^e jour qui suit son entrée en vigueur, qui a eu lieu le 26 avril 1908. C'est à la date de la conception que s'est reporté le législateur belge pour déterminer par quelle législation serait régi le droit de l'enfant. Cette disposition réclame quelques commentaires. Tout d'abord, il est à peine besoin de dire que les tribunaux peuvent, dans les cas où la loi n'a pas d'effet rétroactif, continuer à suivre la jurisprudence, qui

(1) Sénat 1907, n° 210, p. 211, 2^e col. — Chambre Représentants, 2^e discuss., n° 278, p. 236, 1^{re} col.—Sénat, 2^e discuss., n° 327, p. 257 2^e col.

(2) Mechelynck. Chambre Représ. 1^{er} discuss., n° 89, p. 117, 2^e col.

(3) Galopin, *op. cit.*, n° 81, p. 56. — Contra (sur le dernier point) Lelercq, *op. cit.*, n° 64, p. LI. D'après ce dernier auteur, il résulterait des travaux préparatoires (Rapp. au Sénat, n°s 100 et 117) que le législateur n'a entendu viser, par la disposition transitoire, que les actions nouvelles autorisées par la loi.

accorde des dommages-intérêts à la fille séduite (1). Au reste, on peut se demander, d'une façon générale, si les lois nouvelles, relatives à la recherche de la paternité, ont mis fin à cette jurisprudence équitable, qui corrigeait dans les pays latins les rigueurs de l'article 340 du Code Napoléon (2). De même, il a été déclaré, que les enfants, nés avant le 300^e jour après la publication de la loi, qui possèdent le droit de rechercher leur père en se basant sur l'exception unique de l'article 340, c'est-à-dire sur l'enlèvement, peuvent exercer leur action dans les conditions de la loi ancienne. Le vote de la disposition transitoire ne vaut donc pas abrogation immédiate de l'article 340. Cette question présente un intérêt, car on sait que la loi nouvelle prescrit pour l'intentement de l'action des délais de rigueur ignorés de la législation antérieure. Les enfants dont il s'agit peuvent donc se prévaloir indéfiniment de leur droit (3).

La disposition transitoire a également soulevé une controverse sur une question très intéressante. Cette controverse paraît, d'ailleurs, définitivement vidée par un arrêt de la Cour de Cassation belge du 10 juillet 1913 (4). Il s'agissait en l'espèce, d'une action en paternité dirigée contre les héritiers et légataires à titre universel du père présumé par un enfant qui invoquait la possession d'état. Or, les défendeurs prétendaient que l'application rétroactive de la loi du 6 avril 1908 était subordonnée à la condition que le père fût encore en vie au moment de la promulgation de la loi. La possession d'état suppose, disaient-ils, la coexistence du père et de l'enfant ; elle doit être interrompue. Ils ajoutaient que le père, c'est-à-dire le principal intéressé, étant mort, l'enfant ne peut plus exer-

(1) Rapport au Sénat belge, n° 177, p. 133. — Galopin, *op. cit.*, n° 83, p. 57.

(2) Voy. notre chapitre sur « les droits de la mère naturelle » *in fine*.

(3) Van den Heuvel. Chambre 1906, n° 89, p. 113, 2^e col. et 116 1^{re} col. — Rapp. au Sénat, n° 117, p. 133. — Galopin, *op. cit.*, n° 81, p. 56.

(4) *Pasicr. belge*, 1913. 1.377.

cer l'action puisqu'elle ne lui a jamais été accordée, à moins de supposer que le législateur a ouvert l'action contre un mort. Enfin les droits de succession du père prétendu ont été définitivement fixés au décès de celui-ci. Les héritiers ont des droits acquis, qu'on ne doit pas méconnaître. L'enfant gagna en première instance, devant le Tribunal civil de Tournai (1). Mais les défendeurs firent appel devant la Cour de Bruxelles qui infirma le premier jugement (2). L'affaire alla jusqu'en cassation, où les héritiers furent définitivement condamnés. Un arrêt de la Cour d'appel de Gand avait précédemment été rendu dans le même sens (3). La Cour de Cassation, d'après le rapport de l'avocat général Pholien, opposa aux arguments des défendeurs les raisons suivantes. La condition de la survie du père au jour de la promulgation de la loi n'est pas dans l'esprit du législateur (4). En effet, si le texte qui énonce la disposition transitoire est un texte exceptionnel, le juge n'a pas le pouvoir de restreindre la portée d'une loi même exceptionnelle. Or, en principe, déclare la Cour de Cassation, les actions d'état sont imprescriptibles (5). Il faut un texte exprès pour déroger à cette règle. La loi

(1) Tournai, 7 juin 1909. *Pasicr.* 1909.3.404.

(2) Bruxelles, 30 janv. 1911. *Pasicr.* 1911.2.71.

(3) Gand, 19 juillet 1912. *Pasicr.* 1912.2.269. *Belg. judic.* 1912, col. 1259.

(4) Cependant la Cour d'appel de Bruxelles, dans l'arrêt précité, fait état d'une déclaration, au moins équivoque, du rapporteur au Sénat belge : « Il s'agit simplement, dit-il, d'accorder l'action en « reconnaissance de paternité aux enfants qui seront en possession d'état au moment de la publication de la loi. » Rapport au Sénat, n° 117, p. 133. La Cour d'appel en conclut que le législateur a exigé par là la coexistence du père et de l'enfant, au moment de la promulgation de la loi. Cette déduction est-elle bien conforme à la pensée du rapporteur ? Toute explication complémentaire fait défaut ; et d'ailleurs, cette phrase ne constitue qu'un simple avis qui ne lie pas l'interprète.

(5) Art. 328 C. civ. — Thiry. *Cours de droit civil*, t. I, n° 474. — Galopin. *Eléments de droit civil*, t. I, n° 421. — Aubry et Rau, 4^e édit., t. VI, p. 20, 21, notes 13 à 15. — Rapport Colaert, n° 9, p. 13.

de 1908 a, sans doute, enfermé l'exercice de l'action dans des délais limités, mais ces délais ne sont pas régis par les principes du titre de la prescription. « Ce sont des délais préfix, dont le cours ne peut être interrompu ni suspendu que par l'intentement de l'action en temps utile ». Le législateur n'a subordonné l'exercice de l'action à aucune autre condition qu'à celle de l'observation du délai préfix (un an) après le décès du père prétendu (1). « Peu importe que ce décès ait eu lieu avant ou après la mise en vigueur de la loi » (2). Mais, disent les défenseurs, il eût fallu, qu'à un certain moment, l'action eût été ouverte contre le père pour pouvoir être poursuivie contre les héritiers. Sans doute, mais la loi ne permet-elle pas à l'enfant de *commencer* l'action après la mort du père prétendu (3) ; et puis, il faut remarquer que ce n'est point contre le mort que l'action est donnée, c'est contre toute personne à l'égard de laquelle l'enfant a intérêt à faire établir sa filiation : elle tend à faire déclarer qu'il est le fils de tel père. De même que tous les parents peuvent attaquer la reconnaissance, en se fondant sur l'article 339, de même l'enfant peut intenter l'action contre chacun d'eux. On ne peut pas dire que la mort mette fin à la possession d'état ; la loi, elle-même, donne à l'enfant un délai d'un an pour exercer l'action après le décès de son auteur. Car selon le rapport au Sénat, « la possession d'état est un fait actuel et notoire qui, s'il s'est prolongé pendant toute la vie de la mère ou du père présumés, équivaut à une reconnaissance volontaire » (4). Quand elle a existé du vivant du père, elle continue, en vertu de la loi nouvelle, à exister pendant un an après cette mort, en faveur des enfants, quelque âgés qu'ils soient, tant qu'il n'est pas intervenu un acte volontaire et en contradiction

(1) Art. 341 b, 3^e alin.

(2) Voy. note conforme sous arrêt de Cass. *précité*, p. 378 et suivantes.

(3) Il est également admis que les enfants posthumes peuvent intenter l'action. Thiry, t. I, p. 402, n^o 424 1^o. — Aubry et Rau, t. VI p. 25 et note 30.

(4) Rapp. au Sénat, n^o 112, p. 132.

avec elle et, naturellement, elle ne cesse pas de plein droit par la mort du père (1). Enfin, la Cour de cassation a parfaitement montré l'inanité de l'objection qui consiste à invoquer les prétendus droits acquis des héritiers, par suite de la liquidation définitive du patrimoine du défunt. Nous verrons qu'il est fait grand usage de cet argument dans les discussions auxquelles donne lieu la question de la rétroactivité de la loi française de 1912. La Cour de cassation belge a fait cette réponse simple mais péremptoire : la nouvelle répartition des biens n'est que la conséquence du caractère *déclaratif* des jugements d'état, dont les effets peuvent remonter jusqu'à la conception de l'enfant. On ne peut qu'approuver la décision de la Cour de cassation, car les adversaires de cette opinion ne nous offrent aucun argument sérieux qui puisse résister à la critique.

Enfin la disposition transitoire ne parle que des enfants; elle ne dit rien des mères. Cependant on décide généralement que l'action en frais de gésine ne saurait être accordée à la mère, alors que l'action en pension alimentaire est refusée à l'enfant. On peut, en effet, invoquer les mêmes motifs pour déclarer dans l'un et l'autre cas la non rétroactivité de la loi; il ne faut pas appliquer à des fautes de relations charnelles, commises sous l'empire du Code civil, une législation que les auteurs ne pouvaient prévoir (2). D'ailleurs, ainsi que nous l'avons déjà indiqué, la promulgation de la loi nouvelle ne met pas fin à la jurisprudence qui accordait des dommages-intérêts aux filles séduites.

Nous retrouvons, dans la plupart des lois et législations modernes, des dispositions transitoires, analogues à celles que nous avons rencontrées dans la loi belge du 6 avril 1908. En Suisse, seuls les enfants naturels, *nés* après le 1^{er} janvier 1912 (date d'entrée en vigueur du Code civil suisse) peuvent exercer l'action en paternité sous les conditions prévues par le Code civil. Quant à l'enfant né avant la promulgation, il ne peut intenter contre le père que des

(1) Cassat. *précité*.

(2) Galopin, *op. cit.*, n° 83, p. 56.

actions « dérivant du droit de famille et qui lui appartenaient, en vertu de la loi ancienne » (1). Le droit de la mère est régi par ces mêmes dispositions. Dans cette mesure, les législations cantonales restent donc en vigueur. La loi hollandaise du 16 novembre 1909 dispose que « la loi n'est pas applicable aux enfants nés avant le 300^e jour qui suit son entrée en vigueur ». De même, le projet italien Scialoja déclare les articles 5 à 10 qui règlent l'action en paternité et l'action en frais de gésine de la mère non applicables aux enfants nés postérieurement à la promulgation de la loi (2).

Il résulte de cet examen des législations étrangères, que les dispositions transitoires peuvent se classer en deux types principaux : celles qui choisissent comme base de l'applicabilité de la loi la date de la *naissance*, et celles qui se reportent à la date de la *conception*. Dans le premier système, tous les enfants, nés depuis la promulgation de la loi, sont régis par ses dispositions. Dans le deuxième cas, ce sont seulement les enfants conçus (ou présumés conçus) depuis la publication de la loi, c'est-à-dire qui naissent plus de 300 jours après la mise en vigueur de la législation nouvelle. Nous croyons cette deuxième solution de beaucoup préférable à la première. En effet, elle est seule logique. Si l'on admet le principe de la non rétroactivité de la loi, pour cette raison qu'il ne faut pas surprendre les individus qui, au moment où ils se livraient à des relations charnelles, ne pouvaient prévoir les conséquences qu'un changement de législation donnerait à leurs actes, c'est la date de la conception qui doit servir à départager les enfants exclus du bénéfice de la loi et ceux qui en profitent. Sinon, on applique à des fautes qui se sont

(1) Code civil suisse, t. final, art. 13, 2^e al. Projet du gouv. fédéral, art. 1783.

(2) Projet Scialoja, art. 21. Tous les autres articles du projet s'appliquent même à des enfants nés antérieurement. Toutefois, les dispositions qui règlent les successions (art. 14, 15, 16, 17) n'ont d'effet qu'en ce qui concerne les successions ouvertes postérieurement à la promulgation de la loi.

produites dans la législation antérieure, une loi nouvelle, et, en ce cas, il y a rétroactivité. De plus, on fait dépendre l'application de la loi d'un fait involontaire — la naissance — qui ne peut être ni retardé ni avancé par la volonté humaine. C'est le hasard seul qui décide souverainement du droit de l'enfant. Comme l'a fort bien fait remarquer M. Haléwyck à propos de la disposition transitoire du Code civil allemand, relative à l'Alsace-Lorraine, « à la fin de 1899, c'était une véritable question de chance pour les Alsaciennes, arrivées à la dernière période de la grossesse, d'avoir à supporter seules le fardeau de l'entretien de leurs enfants ou de s'en voir décharger totalement au détriment du co-auteur de la conception. Il aurait été plus raisonnable d'exclure des effets de la nouvelle législation tous les enfants conçus avant sa mise en vigueur. La non rétroactivité étant décidée, il fallait être logique » (1). Au contraire, la conception est un fait volontaire ou, du moins, elle résulte d'actes volontaires qu'il est loisible aux parties de commettre ou de ne pas commettre. Sans doute, la date de la conception est scientifiquement indéterminable, mais, légalement, elle peut être fixée grâce aux présomptions qui règlent la durée normale de la grossesse. Et, ainsi, il n'y a pas de surprises. Les hommes qui entretiennent avec une femme des relations charnelles, depuis la promulgation de la loi, savent à quels dangers ils s'exposent et, inversement, les femmes sont averties que si elles se livrent trop tôt, elles courent le risque d'accoucher moins de 300 jours après la promulgation de la loi (ce délai étant, comme on le sait, le délai maximum des gestations les plus longues). Certes, il peut y avoir des enfants conçus depuis la mise en vigueur de la loi qui sont exclus de son bénéfice, parce qu'ils naissent trop tôt ; c'est, en effet, nécessairement de la date seule de la naissance qu'on peut déduire la date probable de la conception. Mais, cependant, le système que nous défendons nous paraît préférable, parce qu'il est plus logique, moins arbitraire, moins fertile en surprises. Chacun

(1) Haléwyck, *op. cit.*, pp. 176, 177.

est renseigné exactement sur les conséquences de ses actes.



En France, comme nous l'avons déjà dit, c'est un procès-verbal de carence qu'il faut dresser devant l'absence de toute disposition transitoire. Il est, au moins, étrange que, seul parmi les législateurs modernes, le législateur français ne se soit pas ému de cette délicate question, et n'ait point pressenti le grave danger qu'il y avait à la livrer aux dissensions sans fin des juristes et des magistrats.

Grammatici certant et adhuc sub iudice lis est.

A vrai dire, au cours des débats qui eurent lieu au Sénat, quand, à la suite d'une légère modification, le projet de loi lui fut à nouveau renvoyé par la Chambre des députés, un sénateur, M. Vieu, s'inquiéta de la façon dont serait appliquée la loi nouvelle. Il proposa un amendement ainsi conçu : « Néanmoins, les personnes visées ci-dessus qui, à « raison de leur âge ou de l'expiration des délais impar- « tis, se trouveraient empêchées d'intenter une action, « sont autorisées, à titre transitoire, à former leur de- « mande dans les trois mois qui suivront la promul- « gation de la présente loi, sous la condition ex- « presse qu'elles seront en possession de lettres ou de « tous autres écrits privés émanant du père prétendu et « desquels il résulte un aveu non équivoque de pater- « nité » (1). Par cette disposition, l'honorable sénateur s'inquiétait moins de la situation des enfants naturels, se trouvant encore dans les délais imposés, que du cas de ceux qui ne pourraient plus agir à raison de l'expiration des dits délais. Il ne voulait point que le législateur permît, en réalisant une réforme aussi généreuse, d'écarter du bénéfice de la loi de malheureux enfants qui, par l'effet d'un hasard aveugle, auraient dépassé de quelques jours, peut-être même de quelques heures, le délai fatal. Il est contraire à l'équité et aux principes du droit, de prononcer une forclusion contre quelqu'un qui n'a pu se défendre contre elle. Mais si légitimes et si touchants qu'aient paru

(1) Sénat. Déb. J. Off., 9 nov. 1912, p. 1333, 2^e col.

les raisons d'humanité et de sentiments développées par M. Vieu, son amendement, combattu par le rapporteur et le Garde des Sceaux, M. Briand, ne fut pas adopté. En effet, la question était mal posée. Bien qu'on soit d'accord avec l'honorable sénateur pour déplorer les conséquences injustes de la loi, relativement aux enfants privés de leur droit par l'expiration des délais, il faut bien reconnaître, avec MM. Guillier et Briand, qu'il eût été fort imprudent de permettre à toute personne d'intenter une action en paternité en produisant des écrits plus ou moins authentiques et en invoquant des faits remontant à une époque très lointaine.

C'était ouvrir la porte à des procès innombrables, procès téméraires et de mauvaise foi. Comme l'a dit éloquemment M. Briand, « avec cette disposition transitoire, c'est
« tout le passé qui se dresse, ce sont des procès qui se mul-
« tiplient à l'infini, ce sont des menaces de chantage à
« l'égard des familles qui n'auront même plus à leur dis-
« position des moyens de défense efficaces. Comment, à
« trente ou quarante ans de distance, des enfants ou des
« petits-enfants pourraient-ils tenir en échec le maître
« chanteur qui produira des pièces, des écrits, sur l'ori-
« gine et sur l'authenticité desquels il sera impossible de
« faire une complète lumière? » (1). Et, de fait, on pou-
vait légitimement craindre que l'adoption d'une disposi-
tion aussi dangereuse ne compromît gravement, dès le dé-
but de son application, le succès de la loi et ne fournît des
armes redoutables aux adversaires, si nombreux encore,
de cette grande réforme. On n'avait donc pas abordé vrai-
ment la question de savoir si la loi avait ou non un effet
rétroactif. Cependant, cette discussion ne devait pas être
absolument inutile. En effet, devant le silence de la loi, les
auteurs et les magistrats cherchèrent à pénétrer la pensée
du législateur par l'étude des travaux préparatoires. Ainsi
l'on se mit à lire et à relire les débats parlementaires, à
peser et à analyser chaque phrase tombée des lèvres du
rapporteur et du Garde des Sceaux pour tâcher de deviner
leur intention secrète. Et comme on ne parvenait pas à

»

(1) Briand. Sénat. Déb. parl. *J. Off.*, 9 nov. 1912, p. 1336, 1^{re} col.

découvrir une déclaration formelle sur la question, on épilogua à plaisir, et l'on prêta au législateur les avis les plus variés sur un sujet qu'il n'avait point réellement traité. Grâce à cette méthode, partisans et adversaires de la rétroactivité découvrirent également dans les travaux préparatoires des arguments en faveur de leurs théories respectives. C'est ainsi qu'on conclut à l'assentiment du Sénat, de ce fait qu'aucun membre de l'assemblée, ni le rapporteur, ni le Garde des Sceaux n'avaient protesté contre le passage suivant du discours de M. Vieu : « Il résulte « donc, disait-il, de ces dispositions, sans qu'il puisse y « avoir aucun doute à cet égard, que les personnes qui « se trouveront encore dans les délais impartis, au jour de « la promulgation de la loi, pourront se prévaloir du texte « nouveau » (1). On a également fait état de ces paroles du rapporteur (2) : « Notre collègue, disait-il, en parlant de « M. Vieu, invoque le vieux principe d'après lequel on ne « prescrit pas contre celui qui n'a pu poursuivre en jus- « tice la revendication de son droit. Qu'il me soit permis « de lui répondre, qu'il ne s'agit, ni de prescription, ni de « forclusion. Les personnes qui pourront bénéficier de la « disposition additionnelle *n'ont pas de droit actuelle- « ment*. La nouvelle loi ne les privera donc d'aucune fa- « culté, ne leur enlèvera aucun droit. On ne leur opposera « aucune prescription, car la prescription suppose un droit « *existant*, mais non exercé » (3). Les adversaires de la thèse de rétroactivité fouillèrent également les débats et trouvèrent à leur tour des déclarations en leur faveur. M. Briand, Garde des Sceaux, n'avait-il pas dit, en effet, en parlant du législateur : « C'est moins à réparer le passé « qu'à légiférer pour le présent et pour un meilleur ave-

(1) Vieu. Sénat. Déb. parl. *J. Off.*, 9 nov. 1912, p. 1334, 1^{re} col.

(2) Voy. Wahl, *loc. cit.*, n° 10, p. 15. — Brun, *op. cit.*, n° 120, p. 220. — Meaux, 28 déc. 1912. *Rec. Gaz. Pal.*, 1913. 1.119. D. 1913. 2.332. S. 1913. 2.65 note Naquet ; Rochefort, 6 mai 1913, *Gaz. Pal.* 1913. 1.743. D. 1913. 2.336, *Le Droit*, 29 juillet 1913 ; Langres, 8 mai 1913. D. 1913. 2.337.

(3) Vieu. Sénat. *J. Off.*, 9 nov. 1912, p. 1335, 1^{re} col.

« nir » (1). Et puis, le Sénat n'a-t-il pas repoussé l'amendement de M. Vieu, dont le but était précisément de faire produire à la loi un effet rétroactif. Ainsi, il est plaisant de voir les représentants des deux thèses opposées, se servir des mêmes discours, presque des mêmes phrases du législateur, pour défendre leur opinion et combattre celle de l'adversaire. Chacun affirme que c'est en sa faveur que le législateur a voulu se prononcer ; chacun se dit meilleur devin que l'autre. Mais on ne devait pas trouver seulement des arguments dans la discussion de l'amendement Vieu. Puis vient la proposition Dalbiez qui prévoit expressément et règle cette question de la rétroactivité. Aussitôt, les uns de dire que si une telle initiative a été prise, c'est parce que la loi de 1912 a réellement exclu les enfants nés antérieurement à sa promulgation (2). Et les autres de répondre que ce texte n'a pour but que de dissiper les malentendus et mettre fin à une controverse regrettable. Mais sur quels arguments n'a-t-on pas étayé certains jugements ? Il y en a de bien inattendus et d'infiniment subtils dans le sens de la non rétroactivité. C'est ainsi qu'on a invoqué le soi-disant précédent de la loi du 28 mars 1885 sur les marchés à termes !... (3). Il est vrai que, de l'autre côté, on est allé découvrir, sans doute après de très longues recherches, que l'article 17 de la loi du 1^{er} juillet 1901, relativement aux présomptions d'interposition de personnes, avait été déclaré applicable par la jurisprudence aux actes et situations antérieures à la loi (4). Il convient donc de ne pas s'arrêter à discuter ces misérables raisons. La vérité, c'est que le législateur, n'ayant pas prévu la question, n'a pu la résoudre. Les partisans de la thèse de la rétroactivité ont mieux à faire qu'à glaner dans des tra-

(1) Briand. Sénat. Déb. parl. *J. Off.*, 9 nov. 1912, p. 1336, 1^{re} col. — Autun, 14 mai 1913, *Gaz. Pal.* 1913. 1741, *Gaz. Trib.*, 28 juin 1913, *Droit*, 29 juillet 1913. D. 1913. 2.338.

(2) Autun *précité*.

(3) Autun, *précité*, Lons-le-Saulnier, 31 juillet 1913, *Gaz. Pal.*, 1913.2.372. D. 1913.2.341.

(4) Voy. Meaux, 28 déc. 1912 *précité*.

vaux préparatoires des débris de phrases dont l'interprétation est toujours contestable, et à rechercher dans les annales de jurisprudence de soi-disant précédents qui ne présentent aucune analogie avec le sujet en question. Les décisions les plus récentes ont, d'ailleurs, fait table rase de ce fratras d'arguments sans valeur (1).



C'est donc la difficile question de la rétroactivité des lois qu'il nous faut aborder résolument. On sait qu'elle compte parmi les problèmes les plus délicats. Et, cependant, sa solution paraît, dès l'abord, être très simple. « Les lois, dit l'article 2 du Code civil, n'ont pas d'effet rétroactif ». Ainsi le passé reste sous l'empire de la législation antérieure ; la loi nouvelle ne concerne que l'avenir. En réalité, la démarcation est loin d'être aussi nettement établie. Il ne peut y avoir lieu à aucune difficulté, lorsqu'il s'agit d'un acte juridique qui se réalise immédiatement et s'accomplit définitivement avec tous ses effets au moment même où il se produit. Il est assurément régi par la loi en vigueur à cette époque. Cette règle s'applique spécialement aux conditions de validité d'un acte, tel que le mariage ou le testament, aux formalités constitutives d'un contrat, aux effets passés et réalisés d'un fait juridique, tel que l'ouverture d'une succession, la conclusion d'une vente. Mais les difficultés surgissent lorsqu'on se trouve en présence d'un acte qui, au lieu de s'accomplir en un instant et d'épuiser en une seule fois toutes ses conséquences, crée une sorte d'état, de situation juridique, dont les effets successifs se produisent dans un laps de temps plus ou moins prolongé. Il en est ainsi notamment des actes qui fondent la filiation et la propriété. Si, au cours de cette durée, quelque réforme législative est consacrée, faudra-

(1) Voyez en particulier Saint-Lô, 10 juillet 1913, *Gaz. Pal.*, 1913. 2.263, *Gaz. Trib.*, 17 nov. 1913. D. 1913. 3.340 ; Douai (Cour d'appel), 8 déc. 1913, *Gaz. Pal.*, 1914. 1.132. D. 1914. 2.43 ; Nîmes (Cour), 23 fév. 1914. *Gaz. Trib.*, 25 avril 1914.

t-il continuer à appliquer aux conséquences futures de l'acte générateur de la situation juridique, la loi en vigueur au moment où il s'est accompli, ou, au contraire, convient-il de les soumettre aux dispositions de la législation nouvelle ? Dans le premier cas, l'œuvre du législateur qui se propose un but d'amélioration et de perfectionnement est entravée ; dans le second, la confiance que les individus avaient placée dans la permanence des dispositions légales, est trompée. Comment donc arriver à concilier ces deux intérêts contraires et également respectables, d'après quel critère peut-on délimiter avec justice la sphère d'application de la loi ? Ainsi le problème de la rétroactivité se pose, avec toute sa complexité et son acuité, à propos des conséquences *futures* d'un acte *passé* et accompli sous la législation antérieure.

On sait que, pour résoudre cette difficulté, la doctrine et une partie importante de la jurisprudence s'appuient sur une distinction entre les *droits acquis* et les *simples expectatives*. La loi nouvelle, sous peine d'être rétroactive, ne saurait régir les faits antérieurs à sa promulgation, lorsqu'elle serait de nature à léser des droits acquis. Au contraire, son application serait légitime quand elle se bornerait à détruire une expectative, une simple espérance (1). En réalité, le problème n'est pas résolu par cette distinction, la difficulté subsiste, elle a seulement été déplacée. Car il s'agit maintenant de découvrir le criterium sur lequel repose le départ opéré entre les droits acquis et les expectatives. Et la chose est particulièrement malaisée. Ces notions sont très confuses, peu susceptibles d'être précisées ; on cherche en vain quelque idée générale ; on ne trouve que des solutions d'espèce. Aucun auteur n'a pu encore parvenir à donner du « droits acquis » une définition nette, et M. de Vareilles-Sommières, dans une critique célèbre de la théorie traditionnelle « mettait au défi le plus délié civiliste de trouver des définitions satisfaisantes du droit

(1) Voy. sur ce point Planiol, t. I, n° 241. — Capitant et Colin, t. I, p. 46. — Wahl note sous Bordeaux, 2 mai 1892. S. et P. 96.2.289. — Demogue, note sous S. 1910.2.25.

« acquis et de l'expectative » (1). Ainsi que M. Capitant l'a parfaitement montré dans son *Introduction à l'étude du droit civil*, « la distinction, entre les droits acquis et les « simples expectatives, paraît tout d'abord bien fondée, « mais, en réalité, elle n'est d'aucun secours ; elle ne nous « fournit pas le criterium cherché. Il n'a pas été possible « aux auteurs de se mettre d'accord sur les notions qu'il « faut ranger dans l'une ou l'autre de ces catégories, et « dans chaque cas où la question se pose, ils discutent « pour savoir s'il y a droit acquis ou simple expecta-
« tive » (2). Mais notre tâche ne consiste pas à examiner, à un point de vue général, le problème de la rétroactivité des lois ; il nous faut seulement rechercher sous quel aspect il se présente relativement à la loi du 16 novembre 1912.

Et d'abord, demandons-nous comment la doctrine et la jurisprudence posent la question de la rétroactivité ; nous

(1) De Vareilles-Sommières. *Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois. Rev. critique*, 1893.

(2) Capitant. *Introduction à l'étude du droit civil*, édit. 1912, p. 54. — Le tribunal d'Autun a cependant essayé d'esquisser une définition du droit acquis : c'est le droit, dit-il « qui est dûment de-
« venu nôtre, dont nous sommes investis, qu'un tiers ne pourrait « nous enlever ». Or, cette définition a tout l'air d'être une tautologie. On a répété sous diverses formes une même idée. Sommes-nous bien éclairés, quand nous avons appris qu'un droit acquis, c'est un droit devenu nôtre, et qu'un tiers ne pourrait nous enlever ? Cela va de soi. Que conclure d'une définition aussi vague, aussi large qu'elle peut s'appliquer à la plupart des expectatives. « Et si l'on veut dire à l'inverse que les seuls droits acquis sont « ceux auxquels un tiers ne peut opposer un autre droit concurrent, le critère devient trop étroit ; car il y a de nombreux droits « protégés par le principe de la non rétroactivité, et cependant « exposés à des conflits avec les droits des tiers, qui peuvent leur « être préférables. » *Rev. trimestr.* 1913, p. 610. On trouve dans un jugement du tribunal de Saint-Lô une définition beaucoup plus satisfaisante, parce que plus précise, du droit acquis : c'est « le « droit qui s'est fixé sur la personne qui l'invoque ; qui a été ou « pu être exercé par elle et dont elle a individuellement joui ». Saint-Lô 10 juillet 1913. D. 1913.2.340. Il faut surtout remarquer cette idée, à notre avis très juste, d'après laquelle une faculté ne peut se transformer en droit acquis, qu'autant qu'elle a pu être utilisée, exercée par la personne qui en est investie.

allons voir qu'elles invoquent divers arguments qui constituent autant de points de vue différents auxquels on peut envisager le problème. Conformément à la théorie traditionnelle, on a le plus souvent essayé de résoudre la difficulté, grâce à la distinction générale des droits acquis et des simples expectatives. On a dit : le fait de la procréation de l'enfant est antérieur à la loi du 16 novembre 1912; or, jusqu'à cette époque, aucun effet juridique n'était attaché à cet acte ; est-il légitime de soumettre à l'empire de la loi nouvelle les conséquences actuelles d'un fait passé, antérieur à sa promulgation ? Les uns répondent à cette question par l'article 2 du Code civil : les lois n'ont pas d'effet rétroactif. Si l'on permet aux enfants naturels nés antérieurement à la date du 16 novembre 1912 de rechercher leur père sous les conditions de la loi nouvelle, on fait produire à celle-ci un effet rétroactif, car on l'applique à des faits antérieurs à sa promulgation, et on viole des droits acquis. Les autres prétendent, au contraire, qu'il n'y a rien là que de très légitime, car on porte seulement atteinte à de simples expectatives. Toute la question revient donc à se demander si l'on doit considérer la faculté qu'avait le père naturel, antérieurement à la loi de 1912, de n'être pas recherché en justice, comme un droit acquis ou comme une simple expectative. Ces notions sont si peu précises qu'on a pu également soutenir les deux opinions. L'article 340, au dire de ceux qui refusent le bénéfice de la loi nouvelle aux enfants nés antérieurement au 16 novembre 1912, donnait au père l'assurance formelle qu'il ne serait pas recherché, ni inquiété ; il était nanti, non pas d'une simple espérance, mais d'un droit lui permettant de conformer ses actes à la sécurité qu'il trouvait dans sa légitime possession. Il pouvait considérer cette assurance, non pas comme provisoire et temporaire, mais comme définitive et perpétuelle ; c'est sous la foi de ces garanties qu'il a pu se laisser aller à omettre certaines précautions ou à commettre certaines imprudences (1).

(1) Autun, 13 mai 1913, *précité* ; Lons-le-Saulnier, 31 juill. 1913, *Gaz. Pal.*, 1913. 2.372. D. 1913. 2.341 ; Versailles, 3 fév. 1914, *Gaz. Pal.*, 1914. 1.226. D. 1914. 2.44 ; Bordeaux, 9 fév. 1914, *Gaz. Pal.*, 1914. 1.223, D. 1914. 2.45.

Telle est, brièvement résumée, l'argumentation capitale sur laquelle se fondent les décisions qui déclarent irrecevable l'action en paternité intentée par un enfant, né avant la promulgation de la loi. Cherchons donc à déterminer de la façon la plus précise en quoi consistait exactement le droit du père avant la loi de 1912. Il se réduisait à la faculté légale d'opposer à toute action en recherche de paternité une *fin de non recevoir* absolue. Le père jouissait donc d'une sorte de pouvoir *négatif*, il possédait un moyen péremptoire qui lui permettait de repousser toutes les attaques dirigées contre lui et de se mettre à l'abri des poursuites. Or, quel est le changement apporté par la loi nouvelle ? Elle n'a pas modifié les effets de la filiation naturelle, elle s'est bornée à lever l'obstacle qui paralysait l'action de l'enfant ; elle a supprimé la fin de non recevoir qui assurait au père l'impunité. Elle n'a donc pas réellement privé le père d'un droit, car un droit ne peut consister dans une faculté, une aptitude purement *négative* et *non encore utilisée*. « Une prohibition ne saurait constituer pour un individu un véritable droit ; il peut espérer, il ne peut pas compter que cette défense ne sera pas « levée » (1). Le père bénéficiait d'une immunité toute momentanée, toute *provisoire*, qu'il pouvait seulement espérer voir se continuer dans l'avenir. Cette faculté lui est retirée dès le jour où une loi nouvelle vient à lui refuser ce moyen de défense et à détruire ses espérances. D'ailleurs, comme on l'a fait justement remarquer, ce n'était pas dans l'intérêt égoïste du père qu'était interdite la recherche de la paternité, mais uniquement dans l'intérêt de la société (2), tel que, du moins, le concevait le législateur de 1804.

Mais l'on insiste et l'on nous objecte que l'*état des personnes* constitue un droit acquis dès le moment du fait pur et simple qui l'a fait naître, et qu'une loi nouvelle

(1) Saint-Lô, 13 juin 1913, *précité* ; Voy. Rochefort, 6 mai 1913, *précité* ; Langres, 8 mai 1913, *précité* ; Saint-Claude, 23 juillet 1913, *précité* ; Douai, 8 déc. 1913, *précité*.

(2) Nancy (Cour d'appel), 31 déc. 1913 et 3 janv. 1914, *Gaz. Pal.*, 1914. 1.133.

ne peut, sans produire un effet rétroactif, le modifier que pour l'avenir. Ainsi, des époux mariés sous l'empire d'une loi déterminée ne sont pas obligés, pour que leur mariage reste valable, d'accomplir les formalités prescrites par une loi nouvelle. La réplique ne porte pas; en effet, comme nous l'avons déjà fait remarquer, il convient de distinguer avec soin les formalités constitutives d'un acte qui sont uniquement régies par la loi en vigueur au moment où l'acte s'accomplit, — et les conséquences du fait, qui se produisent pendant un laps de temps plus ou moins long sont susceptibles d'être à tout instant modifiées par une législation nouvelle. Au reste, l'état des personnes ne forme un droit acquis qu'autant qu'il est *constitué*; ainsi, dans le cas cité plus haut, il existe un état, l'état d'époux, qui est réalisé, dont les intéressés sont investis et qui leur est véritablement un droit acquis. Mais quelle était donc la situation juridique du père naturel et de l'enfant non reconnu sous l'empire de l'ancien article 340 ? Aucun lien de droit ne les unissait; ils étaient juridiquement étrangers l'un à l'autre. Dans ces conditions aucun état ne pouvait être constitué ni au profit du père, ni au profit de l'enfant. Comme le dit fort bien le tribunal de Langres, « la filiation « de l'enfant n'était pas *définitivement fixée* par le fait « matériel de la naissance; cette filiation ne pouvait « être déterminée que par le succès d'une action qui la « transformât en droit acquis; de même, la filiation de « l'enfant n'étant pas fixée, la situation du père, par rap- « port à lui ne l'était pas davantage; il n'avait donc pas « de droit acquis à ne pas être déclaré le père de l'en- « fant » (1). En effet, il n'existait qu'un fait naturel, la procréation, auquel le Code Napoléon n'attachait aucun effet juridique. D'un fait purement matériel, aucun droit ne peut découler pour personne. « Le père naturel, qui « n'avait pas reconnu son enfant, dit un jugement fort « bien motivé du tribunal de la Seine, était, vis-à-vis de « lui, juridiquement inexistant, et, par suite aucun droit « se rattachant à l'état de paternité ne pouvait être réalisé

(1) Langres, 8 mai 1913, *précité*.

« par lui » (1). Il est impossible d'admettre que d'un état négatif puisse naître un droit positif, un droit acquis. Que pourrait être un tel droit ? En quoi consisterait-il ? Un jugement du tribunal de Lons-le-Saulnier, qui a repoussé, sous prétexte de rétroactivité, l'action d'un enfant naturel, né antérieurement à la promulgation de la loi, prend soin de nous répondre en des termes qu'il convient de relever : L'article 340 créait au profit du père un véritable droit d'extranéité, droit qui « consistait en somme, *dans l'absence de tout lien de droit*, et se réalisait avec tous ses « effets immédiatement et en même temps que la cause « d'où il était issu... » (2). On ne saurait plus nettement avouer que ce droit n'existait pas. Il est seulement permis de s'étonner que cette phrase si typique fasse partie des motifs d'un jugement qui a refusé d'accorder le bénéfice de la loi nouvelle aux enfants nés antérieurement au 16 novembre 1912. Il suffirait presque de lire les « attendus » de cette décision pour se convaincre de la faiblesse et de l'inanité des arguments invoqués en faveur de la thèse qui y est défendue. On y rencontre des passages de ce genre : « Etranger à son enfant dès sa venue au jour, « le père avait irrévocablement le droit de lui rester « étranger pendant sa vie entière sans qu'une nouvelle loi « puisse venir le lui enlever...; la situation juridique antérieure constituée tout d'une pièce et au moment même « de la naissance de l'enfant par l'article 340, continue « telle quelle et sans modifications ». Mais tenir un tel langage, c'est contredire la vérité, c'est nier l'œuvre du législateur qui, précisément, s'est proposé pour but de modifier une situation qu'il jugeait intolérable et en permettant qu'il fût démasqué, d'imposer au père l'accomplissement de son devoir. Cet état négatif d'ignorance absolue entre le père et l'enfant illégitime, qui constituait une véritable anomalie au point de vue du droit naturel, ne pouvait se maintenir, que jusqu'au jour où le législateur, levant l'interdiction de l'article 340, reconnaissait à l'enfant naturel le

(1) Seine, 13 juin 1913. *Gaz. Pal.*, 1913.1.737. D. 1913.2.339.

(2) Lons-le-Saulnier, 31 juillet 1913, *précité*.

droit de faire constater le lien matériel qui l'unit à son père. Jusqu'à cette époque, aucun état n'a été *constitué*, aucun droit n'a pu être acquis ; une prohibition ou une faculté basées sur l'ordre public ou l'intérêt social ne sauraient tant que cette faculté n'a pas été exercée ou qu'une situation n'a pas été, en invoquant cette prohibition, définitivement acquise, constituer, pour les individus, de véritables droits ; ils peuvent profiter momentanément de cette interdiction qui les met à l'abri de toutes poursuites ; ils ne peuvent se prévaloir indéfiniment de cet avantage (1). Si, donc, l'on admet que le fait matériel de la naissance ne pouvait fonder entre le père et l'enfant naturel aucun lien de droit, que ces deux personnes restaient, en l'absence d'un acte de reconnaissance volontaire complètement étrangères l'une à l'autre, une loi qui vient modifier les conditions dans lesquelles peut être accomplie cette reconnaissance ne saurait enlever, soit au père, soit à l'enfant, aucun droit acquis, mais peut seulement leur donner ou leur enlever l'espérance d'en acquérir. On ne saurait supprimer ce qui n'existe pas. Mais on peut faire que ce qui n'était pas soit. Or, la loi de 1912 a précisément donné l'existence juridique à un fait purement matériel, qui, jusqu'à cette époque, était « *inexistant en droit* ». Aucun droit acquis ne pouvait naître de l'absence de droits ; rien de positif ne peut être tiré du néant. L'acte de procréation n'acquiert une valeur juridique que du jour où la loi en fait dériver des obligations ; mais il l'acquiert, dès ce moment même : « La loi, dit très justement M. Wahl, « s'applique à tous les faits matériels qu'elle transforme « en faits juridiques ; ce n'est pas là une rétroactivité » (2). Tout fait matériel est susceptible d'engendrer des effets de droit, d'être appelé par la loi à une existence juridique. Nier cette évolution, c'est rendre inopérante l'œuvre du lé-

(1) Voy. les motifs de Meaux, 28 déc. 1912 *précité*; Lille, 27 fév. 1913. D. 1914.2.43 ; Langres, 8 mai 1913, *précité* ; Seine, 13 juin 1913, *précité* ; Saint-Lô, 10 juillet 1913, *précité* ; Douai, 8 déc. 1913, *précité* ; Rodez, 12 janvier 1914, *Gaz. Trib.* 28 févr. 1914.

(2), Wahl, *op. cit.*, n° 9, p. 13.

gislateur, c'est limiter arbitrairement le champ d'application de la loi nouvelle.

Telle est une première manière de concevoir la situation du père et de l'enfant naturel sous l'empire de l'ancien article 340 et le changement apporté par la loi du 16 novembre 1912 (1). Mais il est possible de comprendre ces choses d'une façon fort différente. Est-il vrai, d'une manière absolue, qu'avant la loi de 1912, le fait de la naissance était un fait purement matériel qui était impuissant à fonder un lien de filiation entre le père et l'enfant naturel ? Sans doute, quand le père n'avait pas reconnu expressément son enfant, ces deux êtres, étroitement unis par les liens du sang, restaient juridiquement étrangers l'un à l'autre. Seule, la reconnaissance volontaire établissait entre eux des rapports de droit. Mais il serait faux d'en conclure que ces rapports trouvent leur fondement dans l'acte de reconnaissance. Celui-ci les *révèle*, il ne les crée pas. Il n'est qu'un moyen de preuve destiné à constater un fait, la filiation de l'enfant, et c'est ce fait qui, légalement prouvé, produit des effets juridiques. C'est une erreur très fréquente de parler des effets de la reconnaissance ; cette méprise résulte de ce que les effets paraissent résulter de la reconnaissance parce qu'elle est la condition de leur réalisation ; ils résultent, en réalité, du rapport de parenté constaté par la reconnaissance (2). Et la chose est si vraie que les conséquences juridiques de la filiation ainsi affirmée se produisent, non point seulement à compter du jour de la reconnaissance, mais rétroactivement à partir du jour même de la naissance de l'enfant, et parfois en sa faveur du jour de la conception. C'est donc que les effets de la paternité naturelle sont vraiment attachés au fait de la filiation (3). Mais

(1) C'est la conception adoptée par les tribunaux cités à la page précédente, note 1.

(2) Planiol, t. I, n° 1485.

(3) Ainsi, bien que la recherche en soit interdite, la filiation adultérine et incestueuse est susceptible de produire des effets de droit au profit de l'enfant, lorsqu'elle vient à être constatée.

ils ne peuvent se manifester que si cette filiation est légalement établie : cela va de soi. D'ailleurs, dès avant la loi de 1912, l'enfant naturel était exceptionnellement admis, dans le cas d'enlèvement, à prouver l'existence du lien de filiation qui l'unissait à son père. Or, on ne peut soutenir que, dans cette hypothèse, c'était le jugement déclaratif de paternité qui engendrait des effets de droit. Il constatait, il ne fondait pas le rapport de parenté. Ce dernier *préexistait* donc au jugement, et indépendamment de lui ; il attendait seulement d'être révélé. C'est cette révélation, et uniquement cette révélation qu'interdisait, dans un intérêt social, l'ancien article 340. Le lien de filiation existait réellement ; mais il ne pouvait être prouvé. Si l'on admet (1) que telle était, avant la loi du 16 novembre 1912, la situation respective du père et de l'enfant naturel, alors on doit avouer que ce n'était pas du côté du père que se trouvait le droit, mais bien du côté de l'enfant. Mais, à raison d'une certaine conception de l'intérêt social, l'exercice de ce droit avait été momentanément suspendu. L'enfant possédait en quelque sorte un droit *virtuel*, dont la jouissance lui avait été temporairement retirée, mais qui doit entrer en fonction, dès le jour où a été levée l'interdiction qui mettait obstacle à son libre exercice. C'est en s'appuyant sur cette argumentation que le tribunal civil de Rochefort, qui se range également parmi les décisions favorables à l'application la plus large de la loi nouvelle, a pu dire, dans ses « attendus » : « La naissance « d'un enfant naturel crée un lien naturel entre l'enfant « et le père » ; la constatation de ce fait semblerait devoir être prescrite comme pour les enfants légitimes et devoir donner action en justice tant à l'enfant qu'à ses parents ; mais, pour des motifs spéciaux, le Code civil, par l'ancien article 340, mettait obstacle à l'action de l'enfant en recherche de paternité. La loi du 16 novembre 1912 vient

(1) C'est l'opinion soutenue en particulier par les jugements de Rochefort, 6 mai 1913 *précité* ; Cour de Dijon, 29 déc. 1913, *précité* ; Tunis, 10 mars 1914 ; *Gaz. Trib.*, 25 avril 1914. — Voy. Gaudemet, *Rev. trimestr.*, 1913, p. 610, 611.

d'en autoriser l'exercice dans certaines conditions et dans certains délais. On est donc fondé à dire « *que la loi nouvelle n'a pas créé l'action de l'enfant qui était préexistante; elle n'a abrogé que la suspension de son exercice*. D'autre part, la suspension légale d'une action ne constitue pas, pour le bénéficiaire, un droit définitivement acquis, entré dans son patrimoine, mais une simple expectative dont la loi nouvelle, sans rétroagir, au sens juridique du mot, a pu le priver » (1). En effet la loi nouvelle, qui n'a apporté aucune modification aux effets de la filiation naturelle, a pour seul but de permettre aux enfants illégitimes de faire constater légalement leur filiation, dont les effets rétroagiront jusqu'au jour de la naissance, voire même de la conception. C'est donc que le lien de filiation, le rapport de parenté existait déjà entre le père et l'enfant ; l'article 340 ne pouvait mettre obstacle à sa création ; il ne faisait qu'en interdire la preuve. Or, tout droit, pour sortir ses effets normaux, doit avoir été préalablement prouvé : c'est la condition indispensable de son efficacité (2). Mais alors, dès qu'une loi organise la preuve de cette situation juridique préexistante, l'enfant doit immédiatement bénéficier de ses dispositions et recouvrer de suite l'exercice d'un droit qui avait été provisoirement suspendu. Qu'a fait la loi de 1912, si ce n'est d'établir un certain nombre de présomptions d'admissibilité de l'action en recherche de paternité ?

Au reste, cette question, qui consiste à se demander quelle était la situation réelle du père et de l'enfant naturel non reconnu antérieurement à la loi du 16 novembre 1912, n'a pas vraiment l'importance qu'on paraît lui attribuer. Car, quelle que soit la solution qu'on adopte, il apparaît manifestement que le père ne peut se prévaloir d'aucun droit acquis. Mais il n'était pas inutile d'insister sur ce point, car cela nous permet d'enfermer dans un di-

(1) Rochefort, 6 mai 1913.

(2) Voy. Wahl, *loc. cit.*, n° 9, p. 14. — Naquet, note sous Meaux, 28 déc. 1912. *J. du Pal.* 1913.2.65. — Gastambide, note dans *Dalloz*, 1913.2.329.

lemme d'où ils ne sauraient sortir, ceux qui refusent le bénéfice de la loi nouvelle aux enfants naturels, nés antérieurement au 16 novembre 1912. En effet, il n'y a que deux attitudes possibles : ou bien l'on admet qu'avant la loi de 1912, aucun lien juridique de filiation n'existait entre le père et l'enfant naturel en l'absence d'un acte de reconnaissance ; ces deux êtres restaient totalement étrangers l'un à l'autre ; aucun rapport de droit ne les unissait. Et alors comment serait-il possible que, de cet état exclusivement négatif ait pu naître quelque chose de positif, que sur ce fait purement matériel, inexistant en droit, se soit fondée une situation juridique déterminée ? Comment l'absence totale de droits a-t-elle pu engendrer un droit acquis ? Et que serait ce droit acquis sinon une formule vide de sens ? Ou bien, si l'on repousse cette opinion, il faut dire que dès avant la loi de 1912, un rapport de filiation existait réellement entre le père et l'enfant naturel dès le jour de la naissance ; mais le Code civil, dans un intérêt social, interdisait qu'on apportât la preuve de cette filiation. Le droit de l'enfant n'en existait pas moins, mais à l'état *latent, virtuel*. Il attendait, pour se manifester, que fût supprimée la prohibition qui le paralysait. Dès l'instant où l'obstacle qui l'immobilisait a disparu, ce droit doit pouvoir aussitôt entrer en activité, sortir ses effets normaux, s'exercer librement et pleinement. La loi de 1912 a précisément levé cet obstacle : elle n'a pas créé le droit de l'enfant qui était préexistant, elle n'a fait qu'abroger la suspension de son exercice. Dès lors, le père naturel qui pouvait opposer, sous l'empire de l'ancien article 340, une fin de non recevoir absolue à la demande de l'enfant, ne saurait aujourd'hui invoquer ce moyen de défense, puisqu'il lui a été formellement retiré par la loi nouvelle. Il n'a pas fait usage de la faculté qui lui était jadis accordée ; cette faculté reste donc inutilisée et non réalisée. La suspension d'une action au profit d'une personne ne peut constituer pour celle-ci un droit acquis ; le bénéficiaire peut seulement espérer qu'aucun changement n'interviendra. Dans cette opinion comme dans la précédente, le père n'a entre les mains rien de *fixe*, rien d'*actuel*,

rien de *positif*. Le fait d'être à l'abri d'une poursuite est un fait purement négatif ; celui qui profite de cette situation est nanti d'un simple moyen de défense, dont il ne peut user qu'en cas d'attaque ; il ne jouit que d'un avantage momentané, provisoire, qu'il a seulement le droit d'espérer conserver le plus longtemps possible. Cet espoir lui est ravi, le jour où disparaît du Code l'interdiction qui lui garantissait l'impunité. Ainsi donc, quelle que soit la position que l'on adopte, on aboutit nécessairement, logiquement, à cette conclusion que le père naturel n'est nullement fondé à se prévaloir d'un droit acquis à ne pas être déclaré le père de son enfant.

Et puis vraiment — toute question de droit mise à part — peut-on raisonnablement soutenir, en restant fidèle à l'esprit et aux intentions du législateur de 1912, ou tout simplement en observant les préceptes de la morale la plus élémentaire, peut-on soutenir qu'un père ait un droit acquis à se soustraire perpétuellement aux obligations que lui impose sa paternité ? Peut-il se faire un titre de sa lâcheté et de son indignité ? Ce serait croire que l'article 340 avait été écrit dans l'intérêt égoïste, individuel, du père, alors qu'il avait été inspiré par de puissantes raisons sociales, dans un but de protection de la famille et de paix pour la société. Indirectement, le père naturel, qui n'avait pas le courage de reconnaître son enfant profitait de cette prohibition, abritant sa lâcheté derrière ce rempart ; mais il n'y pouvait trouver qu'une sécurité de fait, toute temporaire, qu'un abri toujours précaire, jusqu'au jour où la recherche de la paternité étant impérieusement réclamée par la conscience sociale, le législateur dut sanctionner le droit de l'enfant, détruire l'obstacle qui en paralysait l'exercice, démasquer les coupables et jeter sur leurs épaules le poids d'une juste responsabilité. Le père pouvait jadis opposer une fin de non recevoir à l'action de l'enfant ; il pouvait en user tant que l'article 340 n'était pas abrogé ; il ne peut y recourir, aujourd'hui que la loi nouvelle lui a ravi ce moyen de défense. Mais, dit-on, il est souverainement injuste d'exposer à une action en recherche de paternité un homme qui s'était fié à l'immunité que lui

assurait l'ancien article 340 et qui, ne s'attendant pas à être attaqué à l'improviste, aurait négligé de prendre ses précautions et de se préparer à la riposte. On a fort bien répondu à cela en attirant l'attention sur le cas des enfants nés quelques jours seulement après le 16 novembre 1912. Ceux-là peuvent certes bien réclamer le bénéfice de la loi nouvelle ; et cependant leur père avait-il pu prévoir ce malencontreux changement de législation ? Enfin l'action est ouverte à l'enfant dans l'année qui suit sa majorité ; il est possible qu'à cette époque le défendeur se soit démuné de ses moyens de défense. Cependant la loi est formelle. Au reste, est-il besoin de tant raisonner, de tant discuter pour démontrer que l'iniquité ne saurait consister dans le fait de permettre d'établir la paternité d'un homme dont l'attitude indigne justifie l'intentement d'une action de ce genre ? Ne serait-il pas, au contraire, tout à fait injuste, absolument odieux, de repousser la demande de l'enfant, sous le vain prétexte que son prétendu père aurait pu, s'il lui avait été possible de prévoir l'abrogation de l'article 340, constituer par avance un dossier pour prouver l'inconduite notoire de la mère ou son infidélité à l'époque de la conception ? On voit bien au contraire que « l'iniquité consisterait à écarter sous un pareil prétexte « la demande de l'enfant » (1). Car on ne se trompe pas sur le sens qu'il convient d'attribuer à ces mots « prendre « des précautions », « constituer un dossier ». Ces expressions équivoques cachent les desseins les plus perfides. On a parlé de « piège » qui serait tendu aux pères naturels surpris par l'abrogation de l'article 340. Il faut bien plutôt redouter que, dans l'avenir, les défendeurs à de telles actions ne se montrent trop avertis et trop habiles dans l'art de dresser des pièges à leurs propres victimes et de constituer de trop précieux « dossiers ».

Nous espérons avoir ainsi suffisamment démontré la faiblesse et l'inanité de l'argument capital, sur lequel se fondent les décisions qui refusent d'accorder le bénéfice

(1) Naquet, note sous Meaux *précité*. — Cf. débats cités aux Chambres belges, *supra*, pages 671 et 672.

de la loi aux enfants nés antérieurement au 16 novembre 1912. Mais on ne s'est pas contenté d'invoquer un prétendu droit acquis du père à ne pas être recherché. N'a-t-on pas soutenu que les *héritiers* du père avaient eux aussi des droits acquis ? En effet l'action en recherche de paternité, si elle n'appartient qu'à l'enfant, peut fort bien être dirigée contre les héritiers du père. Or il est possible que, au moment de l'intentement de l'action la dévolution de la succession du père prétendu ait été définitivement réglée entre les héritiers : chacun a été mis en possession de sa part héréditaire. Mais d'autre part, l'enfant naturel reconnu acquiert, entre autres droits, une vocation successorale au patrimoine de son auteur. Dès lors, si l'on déclare la paternité du de cujus, il faut donner à l'enfant naturel sa part d'hérédité ; le partage est rescindé par suite de l'oubli d'un successible ; il faut rouvrir et liquider à nouveau la succession (1). Ces graves conséquences du jugement de reconnaissance ont effrayé certains magistrats, et ceux-ci n'ont pas hésité à proclamer, contre toute évidence, le droit acquis des héritiers à leur part successorale qu'ils doivent conserver intacte (2). L'objection ne résiste pas un instant à l'examen le plus superficiel. Elle repose sur une équivoque, sur une méprise grossière à l'égard du véritable caractère de la loi de 1912. Quand on dit que l'héritier a un droit acquis dès le jour de l'ouverture de la succession à sa part successorale, on veut seulement indiquer par là, que sa situation fixée à cette époque ne saurait être modifiée par une loi ultérieure relative à la dévolution des biens et au régime successoral. Mais on ne saurait prétendre que « *l'héritier ait un droit acquis à cette part à l'encontre d'un autre héritier, dont la qualité lui est préférable* (3) ». Or la loi de 1912 ne concerne nullement le régime des successions ; elle ne modifie en rien le mon-

(1) Voy. *supra*, page 574.

(2) En ce sens, Saint-Mihiel, 30 avril 1913. D. 1913.2.335. *Gaz. Pal.* 1913.1.739 ; Lons-le-Saulnier, 31 juillet 1913, *précité* ; Bordeaux (Cour) 9 fév. 1914. D. 1914.2.45. *Gaz. Pal.* 1914.1.223.

(3) Dijon (Cour), 29 déc. 1913 *précité*.

tant de la part héréditaire de l'enfant naturel ; d'une façon générale, elle ne s'occupe pas des effets de la filiation illégitime ; elle en règle uniquement les modes de preuve. « Nous cherchons ici la portée non d'une loi successorale, « dit très bien M. Gaudemet, mais d'une loi relative à l'état des personnes et à la constitution de la famille (1) ». Certes, il est fort désagréable pour les héritiers qui se croyaient définitivement nantis de leur part de succession de la voir soudainement réduite par l'arrivée inopinée d'un intrus ; mais cette fâcheuse surprise n'en est pas moins la conséquence nécessaire du caractère déclaratif des jugements d'état (2). Cette objection, tirée d'un soi-disant droit acquis des héritiers, n'est donc pas sérieuse ; elle n'a absolument aucune valeur. C'est un argument de *pur fait*, tel que ceux, d'ailleurs, que l'on rencontre dans les jugements refusant d'appliquer rétroactivement la loi nouvelle ; ils consistent à déplorer les funestes conséquences que pourrait entraîner pour le père qui se croyait à l'abri de toutes poursuites inopportunes et pour les héritiers qui avaient partagé la succession, l'intentement d'un procès en recherche de paternité. Mais ce sont là des objections qu'il faut adresser au législateur, ce sont des critiques qu'il faut formuler contre le principe même de la recherche de la paternité. Elles sont étrangères à la question de l'applicabilité de la loi du 16 novembre 1912 aux enfants nés an-

(1) *Revue trimestrielle* 1913, p. 609. — Cf. conclusions de l'avocat général Lesoudier (Dijon) dans *Gaz. Trib.* 26, 27 janv. 1914.

(2) Il n'est pas douteux que l'enfant naturel, invoquant son titre d'héritier et s'appuyant d'autre part sur le caractère rétroactif du jugement déclaratif de paternité, est autorisé à demander la rescision du partage d'une succession liquidée avant la reconnaissance judiciaire. Quand on dit qu'une succession est régie par la loi en vigueur au moment de l'ouverture de la succession, on ne veut parler que d'une loi relative à la dévolution successorale ; or, ainsi que la remarque en a été souvent faite, la loi du 16 nov. 1912 est tout à fait étrangère à cet ordre d'idées. D'autre part, un partage ne peut être valable, lorsque l'un des héritiers a été omis. Voy. Dijon *précité*, 29 déc. 1913. — Cf. Gand, 19 juillet 1912. *B. J.* 1912, col. 1259 ; Cass. belge, 10 juillet 1913. *Pasicr.* 1913.1.377 ; voy. notre travail, p. 677.

térieurement à cette date. C'est à ce seul point de vue que doivent se placer les juges. Et s'ils savent se maintenir dans leur rôle, ils s'apercevront que les héritiers, de même que le père, ne sauraient se prévaloir de prétendus droits acquis à ne pas être inquiétés ni troublés : ceux-ci pouvaient certes espérer que cette situation si avantageuse se continuât le plus longtemps possible. Ils peuvent aujourd'hui déplorer la réforme de l'article 340. Mais la loi est formelle ; elle s'impose ; leur espoir est déçu, et ils gémissent ; si du moins ils ne peuvent faire que la loi nouvelle ne soit pas, ils s'emploient, par toutes sortes de manœuvres, à en retarder l'application, à en limiter la portée ; car ils ne peuvent comprendre qu'un législateur ait eu l'audace de faire prévaloir, sur la tranquillité égoïste du père et sur les intérêts pécuniaires des héritiers, le droit de l'enfant naturel à la vie.

Tel est le point de vue auquel la jurisprudence s'est le plus fréquemment placée pour résoudre la question de l'application dans le temps de la loi du 16 novembre 1912. Mais si l'on considère cette distinction traditionnelle entre les droits acquis et les simples expectatives comme arbitraire, mal fondée, et surtout impuissante à nous fournir le criterium cherché, alors, au lieu de nous embarrasser de ces vaines subtilités, il faut, peut-être tout simplement, chercher à comprendre et à réaliser le but que s'est proposé le législateur en réformant l'article 340. Il a voulu mettre fin à cette situation déplorable qui, imposant à la seule mère tout le poids de l'entretien de l'enfant, assurait l'impunité du père naturel et le dispensait de toute obligation, de tout souci, et même de tout remords ; il a voulu procurer au plus grand nombre d'enfants naturels les secours indispensables à la vie ; c'est la masse, la « *réalité* » « *vivante* » des enfants illégitimes qu'il a voulu viser. Tel est l'esprit de la loi de 1912, affirmé par ses dispositions larges, générales et absolues, et par les déclarations très nettes du législateur, qui ne renferment aucune distinction, aucune restriction, mais s'adressent, sans exception, à la totalité des enfants naturels, nés et à naître, remplissant les conditions prescrites pour exercer l'action. Or, ce serait

bien mal servir la pensée du législateur que de refuser arbitrairement à toute une catégorie importante d'enfants naturels le bénéfice de la loi nouvelle, et de restreindre son champ d'application ; ce serait rendre en partie vaine l'œuvre du législateur, et annihiler les heureux effets de cette réforme, depuis si longtemps réclamée par la conscience sociale. Il importe donc, en l'absence de dispositions restrictives, de « faire porter à la loi nouvelle *son* « effet le plus général », et de lui assurer l'application la plus large et la plus féconde (1) ; et ce n'est point violer le principe de la non rétroactivité des lois, que de soumettre aux prescriptions de la loi du 16 novembre 1912 les conséquences actuelles et futures d'actes antérieurs à sa promulgation, car, si l'on doit laisser à la loi ancienne son empire sur le passé, il faut du moins convenir, si l'on ne veut entraver toute réforme et tout changement, que l'avenir est le domaine incontesté de la loi nouvelle. On ne saurait mieux exprimer cette idée que ne l'a fait M. Capitant dans son « *Introduction à l'étude du droit civil* » : « Toute loi, dit-il, est présumée meilleure que celle qu'elle remplace ; car, lorsque le législateur innove, ce ne peut être que dans des vues d'amélioration et pour corriger des abus existants. Dès lors, il est naturel de supposer qu'il a entendu soumettre à son empire non seulement les événements qui pourront s'accomplir dans l'avenir, mais encore les faits antérieurs, quant à celles de leurs conséquences qui se produiront et se développeront, après la promulgation. Il serait illogique de prolonger, dans l'avenir, les effets de la loi abrogée et de maintenir en vigueur, au détriment de la règle nouvelle, des dispositions que le législateur a jugées surannées. En conséquence, il faut appliquer la loi récente à toutes les situations juridiques, à tous les rapports de droit existant au moment de sa promulgation, et régler d'après ses dispositions les effets qu'ils produiront dans

(1) Lille 27 fév. 1913 *précité* ; Douai (Cour) 8 déc. 1913 *précité* ; Dijon, 29 déc. 1913 *précité*.

« l'avenir » (1). Plusieurs décisions de jurisprudence semblent avoir très nettement consacré cette doctrine (2).



La discussion précédente suffit, à notre avis, à éclairer la controverse relative à l'applicabilité dans le temps de la loi du 16 novembre 1912. La question y est traitée sous son véritable jour, et reçoit la solution qu'elle comporte. Il nous paraît donc inutile de justifier plus longuement la thèse que nous défendons, et d'après laquelle nous réclamons le bénéfice de la loi nouvelle pour tous les enfants naturels, sans distinction, qu'ils soient nés avant ou après la promulgation, pourvu qu'ils se trouvent encore dans les délais impartis pour intenter l'action en recherche de paternité. Mais on a envisagé la question également à d'autres points de vue, on a proposé d'autres arguments dignes d'attirer l'attention, et que nous ne pouvons passer sous silence. On a dit, en particulier, que l'application de la loi nouvelle à des faits antérieurs au 16 novembre 1912, outre qu'elle portait atteinte à un droit acquis du père naturel à ne pas être recherché, constituait également une violation du principe, d'après lequel les dispositions légales modifiant l'administration ou l'organisation des *preuves* sont inapplicables aux faits et situations intervenus sous

(1) Capitant. *Introduction à l'étude du droit civil*, édit. 1912., p. 56. — Comp. Capitant et Colin. *Cours élémentaire de droit civil français*, 1914, p. 48 et suiv. — Il va de soi que ce principe novateur ne saurait contredire des intérêts individuels, et spécialement les rapports de droit nés de conventions librement conclues par les individus.

(2) Voy. jugements cités page précédente, note 1, et particulièrement l'arrêt de Douai du 8 déc. 1913 : « Le juge doit faire porter à la loi civile son effet le plus général, et y comprendre toutes les situations ou rapports juridiques établis ou formés dès avant sa promulgation, en vertu du principe de la souveraineté de la loi et de la prédominance de l'intérêt public sur les intérêts privés, alors surtout qu'il s'agit, comme en l'espèce, d'une loi assurant des droits à toute une catégorie de citoyens, et créée dans un but, non seulement humanitaire, mais de sauvegarde sociale ».

l'empire de la législation antérieure (1). En effet, on peut considérer que la loi du 16 novembre 1912 qui n'a apporté aucun changement aux conséquences de la filiation naturelle, a par contre organisé et réglementé la preuve de cette filiation. Cet aspect différent de la question n'est pas dépourvu d'intérêt. On sait, en effet, que d'une façon générale on discute vivement la question de savoir s'il est légitime de permettre, pour établir l'existence de faits, l'usage de moyens de preuve autres que ceux admis au moment où ces faits se produisaient. Pour résoudre ce problème, il convient de rechercher quelle est la nature de la preuve réclamée. S'agit-il d'une preuve constitutive d'un acte juridique, indispensable à la validité de cet acte, tel que par exemple la forme authentique, il est bien certain que la loi nouvelle, imposant cette condition, ne serait pas applicable aux actes accomplis antérieurement à sa promulgation. Les particuliers ne sauraient souffrir de ce fait qu'ils se sont conformés aux dispositions légales en vigueur à l'époque où ils ont passé l'acte : celui-ci reste valable dans l'avenir. Mais il en est différemment, lorsque la preuve, loin d'être une condition de validité d'un acte juridique, apparaît seulement comme un *moyen* d'établir la *réalité* d'un fait et de découvrir la *vérité* (2). Dès lors, il ne peut

(1) Autun, 13 mai 1913 *précité*; Bordeaux (Cour), 9 fév. 1914, *précité*.

(2) Voy. Aubry et Rau, t. I § 30 note 66. — Conclusions de M. Baudoin, procureur général près la Cour de Cassation, dans D. 1901.4.105; conclusions de M. Lesoudier, avocat général près la Cour de Dijon. *Gaz. Trib.* 26, 27 janv. 1914. — Le tribunal civil de Tunis, dans un jugement du 10 mars 1914 a parfaitement réfuté l'objection, en dissipant l'équivoque sur laquelle elle repose : « At-
« tendu que si une loi nouvelle, lorsqu'elle a pour but primordial
« d'instituer un nouveau mode de preuve d'un acte juridique, n'est
« évidemment pas applicable aux situations qui ont pu se créer
« sous l'empire d'une loi contraire, et cela parce qu'on ne saurait
« exiger des intéressés qu'ils se soient *par avance ménagé les jus-*
« *tifications exigées par la loi nouvelle*, il en est *autrement* des cas
« où il s'agit *simplement de la preuve d'un fait*, et surtout d'un fait,
« tel que la procréation, lié à l'intérêt social ». Tunis, 10 mars 1914
Gaz. Trib., 25 avril 1914.

plus être question de droit acquis. Il s'agit de parvenir, grâce aux modes d'investigation prescrits par la loi nouvelle, à la connaissance la plus parfaite et la plus exacte de la réalité. L'intérêt social exige impérieusement l'application immédiate de la loi nouvelle. Le débiteur, dans l'espèce le père naturel, ne saurait invoquer quelque droit acquis ; il était seulement autorisé à espérer qu'il resterait à l'abri de toute recherche par l'impossibilité où se trouverait l'enfant de prouver sa filiation. Ainsi quand la preuve « n'est qu'un « moyen de procédure destiné à éclairer le « juge, il ne saurait y avoir droit acquis au profit des parties à l'encontre des procédés institués par une loi nouvelle, dans l'intérêt d'une plus complète manifestation de la vérité ; et c'est le cas du nouvel article 340, édicté en vue d'obliger les pères naturels à ne pas se dérober impunément aux devoirs que leur imposent envers leurs enfants la loi et la morale » (1).

Mais d'ailleurs, la loi du 16 novembre 1912 a-t-elle réellement autorisé l'emploi de moyens de preuve nouveaux de la filiation naturelle paternelle ? Nous ne le croyons pas. Elle s'est contentée d'énumérer un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles elle permet la recherche de la paternité. Elle n'a pas institué un mode de preuve spécial, inédit ; elle a seulement précisé les faits dont il faudrait apporter la preuve pour être admis à exercer l'action : ce n'est pas du tout la même chose. La loi du 16 novembre 1912 a ajouté au cas unique prévu par l'article 340 ancien d'autres cas, mais elle n'a pas modifié le mode de preuve déjà employé, qui reste le même et ne peut être différent en cette matière : *la preuve par présomption*. C'est la seule qui soit possible, qu'il s'agisse de paternité légitime ou naturelle. Ainsi que l'ont fort bien remarqué certaines décisions de jurisprudence : « ... le législateur a bien moins organisé des moyens de preuve au fond, que prévu les présomptions qui permettraient l'introduction de l'action et la rendraient simplement recevable » (2). Selon

(1) Gastambide, note sous Meaux, *précité*.

(2) Meaux, 28 déc. 1912, *précité* ; Douai, 7 mai 1913, *précité* ; Langres, 8 mai 1913, *précité* ; Tunis, 10 mars 1914, *précité*.

l'expression tant de fois citée de M. Bérenger, les hypothèses énumérées par la loi ne constituent pas des preuves définitives de la paternité du défendeur, mais uniquement des « *présomptions d'admissibilité de l'action* ». Il n'y a donc pas création d'un mode de preuve nouveau ; il y a « *extension* d'un mode déjà autorisé » (1). Et nécessairement, puisque la loi de 1912 ouvrait l'action en paternité dans des cas nouveaux, elle réclamait par là même que le demandeur apportât la preuve de ces faits ; car il va de soi que pour se prévaloir d'un droit, il faut en avoir préalablement prouvé le bien fondé. Or, aucun principe ne s'oppose à ce qu'une loi nouvelle autorise la preuve de faits antérieurs à sa promulgation : ce serait alors rendre absolument stérile l'œuvre du législateur.

On trouve aussi quelques décisions judiciaires qui, entre autres arguments, ont fait appel au principe de la rétroactivité des lois d'*ordre public* (2). Il est en effet bien certain — les travaux préparatoires le prouvent surabondamment — que la loi du 16 novembre 1912 a été inspirée par des considérations d'utilité sociale : nécessité de secourir les enfants naturels et les filles-mères, souci de diminuer le nombre des avortements et des infanticides, de porter remède à la mortalité et à la criminalité enfantines, de prévenir la séduction et ses funestes conséquences. Tous ces motifs sont d'ordre public et réclament impérieusement l'application la plus immédiate de la loi nouvelle. Or il est de principe que les lois présentant ce caractère, sont rétroactives et s'appliquent à toutes les situations formées antérieurement à leur promulgation, alors même qu'elles porteraient atteinte à des droits acquis. La jurisprudence nous en offre maints exemples. Ainsi, la Cour de cassation a jadis déclaré que la loi de brumaire an II, qui

(1) Note *Gaz. Pal.*, 1913.1.119.

(2) L'argument tiré du caractère d'ordre public de la loi de 1912 a été principalement invoqué par les décisions suivantes : Meaux, 28 déc. 1912, *précité* ; Douai, 7 mai 1913, *précité* ; Saint-Lô, 10 juillet 1913, *précité* ; Bazas, 15 juillet 1913, *précité* ; Douai (Cour), 8 déc. 1913, *précité* ; Nîmes (Cour), 23 fév. 1914, *précité* ; Tunis, 10 mars 1914, *précité*.

avait interdit en fait la recherche de la paternité était applicable aux enfants nés avant sa promulgation ; la même solution fut adoptée au sujet de l'application de l'article 340. De même, la loi du 27 juillet 1884 qui a rétabli le divorce en France a été déclarée rétroactive, en raison de son caractère d'ordre public ; la jurisprudence a permis, qu'en vertu de cette loi, le divorce fut prononcé, entre époux mariés avant la promulgation et même pour des faits commis avant le 27 juillet 1884 (1). Les époux n'ont pas été admis à invoquer le prétendu droit acquis, que leur conférait leur confiance dans l'indissolubilité de leur union. Ainsi des faits passés ont été soumis à l'empire de la loi nouvelle, du moins en ce qui concerne leurs conséquences futures : ce principe, que nous retrouvons à chaque pas, domine toute la matière. La loi récente du 6 juin 1908 qui a ordonné aux tribunaux d'opérer d'office au bout de trois ans, la conversion de la séparation de corps en divorce sur la demande de l'un des époux, est également applicable aux époux séparés avant la promulgation de la loi (2). Toutes ces lois ont, en effet, un caractère rigoureusement obligatoire, parce qu'elles servent un but moral et social ; elles s'imposent immédiatement à tous les rapports de droit existant au moment de leur promulgation. En particulier, il est admis par la doctrine et la jurisprudence que les lois régissant l'état des personnes saisissent les intéressés, dès qu'elles sont publiées (3). C'est à cette catégorie qu'appartient la loi du 6 novembre 1912 ; ses dispositions se rattachent d'une manière très intime à la constitution même de la famille. Si le législateur a jugé

(1) L'analogie avec la matière du divorce a été particulièrement aperçue par les tribunaux de Meaux, 28 déc. 1912 *précité* ; Saint-Lô, 10 juillet 1913, *précité* ; Rodez, 12 janv. 1914, *précité*.

(2) Cass. 7 avril 1910. D. 1910.1.256 ; Cass. 17 janv. 1911. D. 1911.1.428.

(3) Cass., 7 mars 1881. S. 83.1.197. D. 81.1.348 ; Baudry-Lacantinerie. *Droit des personnes*, t. I, n^{os} 145, 146. — Laurent, t. I, n^{os} 182, 190. — Aubry et Rau, 5 éd., t. I, § 30, pp. 113 à 115 et note 56. — Demolombe, t. I, n^o 42. — Huc, t. I, n^o 66. — Fuzier Hermann. *Répert. v^o Lois et décrets*, n^o 734.

nécessaire d'abroger l'article 340, c'est qu'il a reconnu les vices du système et qu'il entend y remédier, dans le plus bref délai. L'intérêt social, tel que l'a compris le législateur de 1912, exige donc impérieusement l'application de la loi nouvelle le plus largement possible, et au plus grand nombre d'enfants naturels ; de même que l'ancien article 340, inspiré par une conception différente de l'intérêt social, avait été déclaré applicable aux enfants nés avant la promulgation du Code civil (1), de même que, demain, une loi peut parfaitement enlever à l'enfant naturel, dont la filiation n'a pas encore été établie, l'exercice de l'action en recherche de paternité ou de maternité. L'action de l'enfant comme l'exception du père ne constitue pas un droit acquis ; elle est une simple faculté qui, n'ayant pas été exercée, n'a pu investir son titulaire de la qualité qu'elle tendait à lui faire reconnaître. On en revient toujours à cette idée, qu'une personne ne saurait se prévaloir d'une situation acquise tant qu'elle n'a pas usé de son droit ; jusque-là, elle ne jouit que d'une simple faculté qu'elle peut exercer, mais qu'une loi nouvelle peut lui retirer. Il n'y a de droit acquis que le droit réalisé. Et quand bien même on s'obstinerait à soutenir que l'ancien article 340 avait conféré au père naturel un véritable droit acquis à ne pas être poursuivi par son enfant, il faudrait cependant faire application de la loi nouvelle aux enfants nés avant sa promulgation, à raison de son caractère impérieux d'ordre public. En présence des nécessités sociales, les droits des particuliers doivent s'effacer.

On peut donc affirmer, sans crainte d'être démenti, pour toutes les puissantes raisons que nous venons de développer, que *l'enfant né avant le 16 novembre 1912 est en droit de réclamer le bénéfice de la loi nouvelle et d'intenter l'action en paternité, si, bien entendu, il remplit les conditions imposées par le législateur et en particulier s'il se trouve*

(1) Laurent, t. I, n° 190. — De Savigny. *Traité de droit romain*, 2° édit. Paris 1860. t. VIII, p. 515 seq. — Demolombe, *loc. cit.* — Baudry-Lacantinerie, *loc. cit.* — Cass., 24 déc. 1832. S. 33.1.138 ; Cass. 6 févr. 1833. S. 33.1.220.

encore dans les délais impartis. Et en déterminant ainsi la sphère d'application de la loi nouvelle, nous prétendons que nous ne lui faisons pas produire un effet rétroactif. Or, sur ce point on a semblé avoir commis quelques erreurs. Dans nombre d'articles et de notes écrits sur cette question, on parle constamment de la rétroactivité de la loi. L'expression est commode, mais elle est profondément inexacte et prête à la confusion. Elle paraît avoir été fâcheusement introduite dans la discussion par les premiers jugements rendus sur la question. En particulier, le tribunal civil de Meaux, auquel il faut néanmoins rendre cette justice d'avoir eu le premier à examiner ce problème délicat, n'a pas été rédigé dans toutes ses parties d'une manière très satisfaisante. On a voulu trop prouver, et l'on a produit tous les arguments, les bons et les mauvais. Ce jugement renferme une contradiction manifeste. D'une part, il prête à la loi un caractère rétroactif ; d'autre part, il s'appuie sur la distinction des droits acquis et des simples expectatives. Mais il faudrait cependant opter entre ces deux explications. Ou bien, la loi est réellement rétroactive, et alors, il n'est pas besoin de faire ces subtiles distinctions de droits acquis et de simples expectatives ; les uns et les autres tombent sous le coup de la loi. Ou bien, la loi n'est pas rétroactive, et il suffit de démontrer que son application à des faits antérieurs à sa promulgation ne viole aucun droit acquis. C'est cette dernière attitude que nous avons prise, à la suite des plus récentes discussions sur la question. Non, la loi du 16 novembre 1912 n'est pas rétroactive ; il est inutile, pour justifier son application aux enfants naturels nés avant son entrée en vigueur, de supposer cette dérogation au principe général de la non rétroactivité des lois (1). Le législateur n'a pris

(1) Voy. Gaudemet, *Rev. trimestr.* 1913, p. 174. — Lévy, *La Loi*, 5 fév. 1913. — Conclusions Lesoudier, *Gaz. Trib.* 26, 27 janv. 1914. — Certaines décisions récentes commencent seulement à bien marquer la position de la question. Voy. en particulier l'arrêt de Dijon *précité* : « Attendu, dit-il, que même en l'appliquant aux enfants « naturels déjà nés à l'époque de sa promulgation, la loi nouvelle

à ce sujet aucune disposition expresse et il serait singulièrement osé de la part des juges, quoiqu'en pense le tribunal de Meaux, de décider eux-mêmes de la rétroactivité de la loi. La loi de 1912 s'applique logiquement, nécessairement, aux enfants nés antérieurement à sa promulgation, *sans cependant être rétroactive* : car elle ne viole aucun droit acquis, elle ne fait que détruire une simple expectative ; et il est rationnel de l'appliquer de la façon la plus large et la plus générale, afin de mettre un terme aux abus qu'elle se propose de réprimer, tandis qu'il serait illogique de prolonger sans raison dans l'avenir les funestes effets de la loi abrogée. C'est pourquoi il est faux de parler, comme on le fait fréquemment, de partisans et d'adversaires de la loi du 16 novembre 1912. En réalité, ce sont ceux qui ne veulent pas en faire une application immédiate qui accusent les autres de prêter à la loi un caractère rétroactif, au mépris du principe de l'article 2 du Code civil. La remarque méritait d'être faite. Mais nous avons, je crois, suffisamment prouvé que ceux-là seuls ont servi le but et l'esprit de la loi nouvelle, qui l'ont déclarée applicable aux enfants nés antérieurement à sa promulgation et se trouvant encore dans les délais impartis pour agir ; et en même temps ils sont restés dans les strictes limites de l'article 2 du Code civil. Le passé reste sous l'empire de la loi abrogée ; mais le présent et l'avenir appartiennent sans conteste à la loi nouvelle.

D'ailleurs, on peut constater que la grande majorité des jugements rendus sur cette question ont consacré la solution que nous défendons (1). Les auteurs sont unanimes à

« *n'a pas réellement d'effet rétroactif*, parce qu'elle ne lèse aucun
 « droit acquis ; attendu en effet qu'elle ne se prononce point sur
 « les effets de la reconnaissance de paternité, qu'elle ne modifie
 « ni les actes juridiques, dont la filiation naturelle aurait été la
 « base, ni les droits successoraux des enfants naturels au regard
 « des parents légitimes, *laissant ces effets, ces actes et ces droits*
 « *sous l'empire de la loi ancienne*, qui, seule, continue à les régir ;
 « qu'elle se borne à *permettre l'existence du lien naturel préexis-*
 « *tant qui lie l'enfant à son père* ».

(1) Meaux, 28 déc. 1912. D. 1913.2.332. *Gaz. Pal.* 1913.1.119 ; Lille, 27 févr. 1913. D. 1914.2.43, confirmé à Douai ; Aurillac, 5 mars 1913.

approuver cette jurisprudence ; et des décisions récentes, fort bien motivées, semblent avoir définitivement orienté les esprits vers la vraie solution du problème. Cependant, la liste des jugements rendus, en sens contraire, n'est point encore close. Sans doute, aucun de ceux-ci n'a pu parvenir à découvrir, en faveur de sa thèse, un argument sérieux ; ou du moins, les critiques qu'ils soulèvent sont dirigées non pas contre l'application immédiate de la loi de 1912, mais contre le principe même de la recherche de la

D. 1913.2.334, *Gaz. Pal.*, 1913.1.492 et la note ; Rochefort, 6 mai 1913. D. 1913.2.335, *Gaz. Pal.* 1913.1.743 ; Douai, 7 mai 1913. D. 1913.2.337, *Gaz. Trib.* 1913.2.33 ; Langres, 8 mai 1913. D. 1913.2.337 ; Seine, 13 juin 1913. D. 1913.2.339, *Gaz. Trib.* 1913.3.12, *Gaz. Pal.* 1913.1.737 ; Saint-Lô, 10 juillet 1913. D. 1913.2.340, *Gaz. Pal.* 1913.2.163, *Gaz. Trib.* 17, 18 nov. 1913 ; Bazas, 15 juillet 1913. D. 1914.2.44 ; Saint-Claude, 23 juillet 1913, *Gaz. Pal.* 1913.2.449. *Droit*, 28 nov. 1913 ; Grasse, 26 juillet 1913, *Gaz. Trib.* 1913.2.405., *Le Droit*, 1^{er} et 2 décembre 1913 ; Toulouse, 12 novembre 1913, *La Loi*, 14 janvier 1914 ; Seine, 14 nov. 1913. D. 1913.2.342, *Gaz. Trib.*, 17-18 nov. 1913 ; Douai (appel de Lille), 8 déc. 1913, *Gaz. Pal.* 1914.1.132., *Gaz. Trib.*, 14 mars 1914 ; Besançon, 23 décembre 1913, *Gaz. Pal.*, 1914.1.136 ; Dijon (appel d'Autun), 29 déc. 1913. D. 1913.2.359, *Gaz. Pal.*, 1914.1.81., *Gaz. Trib.*, 26 janv. 1914 (et conclusions Lesoudier) ; Nancy (appel de Saint-Mihiel), 31 décembre 1913 et 3 janvier 1914, *Gaz. Pal.*, 1914.1.133, *Gaz. Trib.*, 27 janv. 1914 ; Rodez, 12 janv. 1914, *Gaz. Trib.*, 28 février 1914, *Droit*, 19 mars 1914 ; Nîmes (appel d'Avignon), 23 février 1914, *Gaz. Trib.*, 25 avril 1914 ; Tunis, 10 mars 1914, *Gaz. Trib.*, 25 avril 1914.

Contra : Saint-Mihiel, 30 avr. 1913 (infirmé à Nancy D. 1913.2.335. *Gaz. Pal.* 1913.1.739 ; Autun (infirmé à Dijon), 13 mai 1913. D. 1913.2.338, *Gaz. Pal.* 1913.1.741 ; Bourges, 17 juillet 1913, *Gaz. Pal.* 1913.2.545, *Gaz. Trib.*, 27 janv. 1914 ; Avignon, 22 juill. 1913, *Droit*, 8 nov. 1913 (infirmé à Nîmes) ; Lons-le-Saulnier, 31 juillet 1913. D. 1913.2.341, *Gaz. Pal.* 1913.2.372 ; Versailles, 3 févr. 1914. D. 1914.2.44, *Gaz. Pal.* 1914.1.226 ; Bordeaux (Cour), 9 février 1914. D. 1914.2.45, *Gaz. Pal.* 1914.1.223.

Doctrines : dans le premier sens, D. 1912.4.125, n° 33, 3^e col. — Wahl, *loc. cit.*, n° 9 et suiv., p. 13 et suiv. — Brun, *op. cit.*, p. 220, n° 120. — Lavollée, *op. cit.*, p. 238, et *Rev. critique*, 1914, p. 152, 177. — Vigié, *loc. cit.*, p. 26. — Defrénois, *loc. cit.*, p. 88, n° 110. — Gaudemet, *Rev. trim. de dr. civil* 1913, pp. 174, 401, 606 ; 1914, p. 105. — Naquet, note Sirey, 1913.2.65. — Gastambide, note Dalloz, 1913.2.329. — Ed. Lévy, *La Loi* du 5 févr. 1913. — *Contra* Pierre Roux, *Gaz. Trib.*, 17 fév. 1913.

paternité. Quand on lit les « attendus » de ces jugements, on est frappé par l'embarras, la faiblesse, parfois même la maladresse de leur argumentation (1) ; on y fait état de misérables raisons (2) ; d'autres fois, on reste stupéfait devant le laconisme de leur rédaction (3). Aussi, ne peut-on se défendre d'avoir souvent l'impression que les raisons juridiques invoquées ne sont pas les véritables raisons de cette attitude, et que derrière elle, se cache, inconsciemment peut-être, une sourde hostilité contre le principe de la loi nouvelle, contre la réforme de l'article 340 (4). C'est donc qu'il existe encore des adversaires de cette réforme ; et c'est pourquoi on ne saurait trouver d'excuse à la négligence d'un législateur qui commet la folle imprudence de livrer, à la libre discussion des magistrats et des juristes, la solution d'une question qui réclame une réponse immédiate, et se rattache à une cause autour de laquelle on a livré tant de batailles et qui a suscité tant de passion.



Pour combler cette regrettable lacune, une intervention législative est indispensable ; jusqu'à ce qu'elle se réalise,

(1) Voy. en particulier Lons-le-Saulnier *précité*.

(2) Lire les motifs de l'arrêt de la Cour de Bordeaux ; on y invoque des raisons absolument dénuées de toute valeur, telles que celles-ci : « le législateur a mis au futur les éléments de l'applicabilité de la loi, notamment, ce semble bien, l'accouchement » ; « — Le Parlement aurait donc décidé de fonder un état de choses, « au résultat duquel, transitoirement, le délai pour agir en justice « eût pu être, au lendemain de la promulgation de son œuvre législative, d'un seul jour pour quelques-uns, et de plus de vingt et « un ans pour d'autres. » Les autres arguments sont des arguments de pur fait qui sont plutôt des objections au principe de la recherche de la paternité (crainte du chantage, trouble dans la dévolution successorale, etc...).

(3) Cf. Avignon, *précité*.

(4) M. Dalbiez n'a pas manqué de faire cette remarque dans l'Exposé des Motifs de sa proposition de loi, tendant à régler l'application dans le temps de la loi du 16 nov. 1912 : « Il est à craindre que la jurisprudence, souvent hostile aux lois nouvelles, n'invoque le principe de la non rétroactivité pour faire échec pendant un certain temps à la réforme si importante qui vient d'être « votée ».

les controverses continueront. Aussi plusieurs projets de loi ont été déjà déposés en ce sens sur le bureau des Chambres. Quelques mois à peine, après la promulgation de la loi relative à la recherche de la paternité naturelle, le 17 février 1913, M. Vieu, avec une persévérance qui l'honore, déposait sur le bureau du Sénat le texte suivant : « A titre transitoire, les dispositions de la loi du 16 novembre 1912, relatives à la reconnaissance judiciaire de la paternité naturelle, sont applicables à l'enfant, dont le père prétendu sera ou encore vivant ou décédé depuis moins de dix ans au jour de la présente loi, pourvu que l'intéressé intente son action dans un délai de trois mois à partir de cette promulgation » (1). On voit que ce texte reproduit à peu près identiquement, celui de la disposition additionnelle, qui fut discutée au Sénat le 6 novembre 1912 ; les mêmes raisons militent contre son adoption.

M. Dalbiez nous présente un véritable projet de loi, qui ne contient pas moins de sept articles (2). Non seulement, il entend régler le sort des enfants nés avant le 16 novembre 1912, et se trouvant encore dans les délais impartis pour agir, mais encore il s'élève d'un certain nombre de cas intéressants, où l'enfant, d'après les dispositions de la loi de 1912, ne peut en droit ou en fait exercer l'action. Ainsi les enfants qui se trouvaient sur le point d'atteindre leur deuxième année ou leur vingt-deuxième année au 16 novembre 1912, sont en fait privés du droit d'intenter l'action. On leur accorderait donc un délai, qui ne pourrait être inférieur à un an, à partir de la promulgation de la présente loi (art. 1 et 2). M. Dalbiez propose même d'accorder un délai d'un an aux enfants âgés de plus de 22 ans au 16 novembre 1912, et qui étaient donc forclos, par suite de l'expiration des délais fixés par la loi (art. 5). Cette dernière disposition ne paraît guère justifiable ; il y a de graves inconvénients à permettre l'intentement d'une action en paternité, de longues années après les événements sur lesquels elle est fondée ; le défendeur peut se trouver dans l'impossi-

(1) *Gaz. Pal.*, 22 février 1913.

(2) *J. Off.*, Doc. parl. Chambre, annexe, n° 2537, p. 80.

bilité, par suite de la disparition des témoins ou des preuves, de faire valoir ses exceptions et moyens de défense. D'autre part, l'enfant naturel majeur est bien moins digne d'intérêt que l'enfant mineur, qui a un besoin impérieux de secours immédiats.

L'article 6 de la proposition Dalbiez autorise expressément les intéressés à invoquer des faits antérieurs à la promulgation de la loi du 16 novembre 1912 ; mais il opère un départ entre ces divers faits (1). Ainsi, il n'est permis de tenir compte d'une demande fondée sur des faits antérieurs au 16 novembre 1912, qu'autant qu'il existe des lettres ou quelque autre écrit privé émanant du père prétendu, et desquels il résulte un aveu non équivoque de paternité. On ne saurait donc s'appuyer avec succès sur des actes de concubinage, de séduction, de participation du père à l'entretien de l'enfant. Nous ne pouvons approuver une solution aussi arbitraire et aussi injuste. On ne parviendra jamais à comprendre pourquoi le défendeur mérite plus d'intérêt dans tel cas que dans tel autre, pourquoi des faits de possession d'état continue, de concubinage notoire, qui ne laissent planer aucun doute sur la filiation de l'enfant, seraient tenus comme nuls et nonavenus, alors qu'on attacherait une importance exagérée à une correspondance amoureuse, à des aveux échappés à la faiblesse ou à la passion. D'ailleurs, il suffit de lire l'*Exposé des Motifs*, dont M. Dalbiez a fait précéder sa proposition de loi, pour se convaincre que les raisons invoquées, en faveur de son système, ne sont guère sérieuses. Il nous dit qu'il ne

(1) Nous avons déjà rencontré un tel système en Belgique (amendement Mechelynck, non adopté ; *supra*, page 673. — La même idée a été reprise par un jugement du tribunal civil de Bourges, du 17 juillet 1913. *Gaz. Pal.*, 1913.2.545. Cette décision ne cherche pas le critère de l'application de la loi nouvelle dans la date de naissance de l'enfant, mais dans l'époque où se sont passés les faits invoqués comme présomptions. Elle ne permet pas qu'on puisse faire état, dans le débat, de faits qui se sont accomplis postérieurement à la promulgation de la loi. Cette tentative, qui, à notre avis, est impuissante à nous fournir la vraie solution, est restée isolée.

faut pas tenir compte du concubinage, remontant à une date antérieure au 16 novembre 1912, « parce que le concubin ne savait pas à quoi il s'engageait » ; il donne le même motif en ce qui concerne la promesse de subvenir à l'entretien de l'enfant. Mais nous reconnaissons dans ces déclarations, tous les motifs invoqués par ceux qui refusent de faire profiter de la réforme les enfants nés antérieurement à la promulgation de la loi. C'est toujours cette même idée, qu'il ne faut pas surprendre le père, qui ne pouvait prévoir les conséquences de sa conduite. Mais, nous l'avons déjà dit et redit, ce sont là de bien mauvaises raisons. Ce sont celles qu'invoquent tous les individus, qui espéraient pouvoir se soustraire indéfiniment à l'accomplissement de leur devoir. Ils ne savaient pas à quoi ils s'engageaient, dit-on ; mais tout homme, qui se met dans un tel cas, ne sait-il pas la responsabilité qu'il assume ? Il n'a qu'à interroger sa conscience. Malheureusement, quand la conscience est seule à commander, et que le sentiment intérieur du remords est l'unique sanction de l'insoumission, plus d'un homme ne se fait pas scrupule de transgresser ses ordres. Mais voilà que la loi civile, venant au secours de la conscience trop faible et impuissante à se faire respecter, impose par son autorité souveraine, l'accomplissement du devoir naturel, qui incombe au père de subvenir aux frais d'entretien et d'éducation de son enfant. Sans doute, c'est pour le lâche séducteur une cruelle déception ; il ne peut réaliser son criminel dessein. Mais quel homme de bien s'en plaindra ? Les obligations du père naturel n'ont pas varié depuis la loi de 1912. Elles ont toujours été les mêmes ; mais, avant cette grande réforme, elles étaient purement morales, c'est-à-dire pour beaucoup facultatives ; depuis, elles sont légales, c'est-à-dire pour tous obligatoires. Il n'y a pas de droit acquis à s'affranchir des devoirs qu'imposent la morale et la loi. Pour répéter un mot célèbre, qui domine toute la question : « La loi est la conscience de ceux qui n'en ont pas ».

CHAPITRE IX

LES DROITS SPÉCIAUX DE LA MÈRE NATURELLE CONTRE LE PÈRE.

Nous avons ainsi fini d'étudier la nature et l'étendue des rapports juridiques que les législations modernes établissent entre l'enfant naturel judiciairement reconnu et son père ; par là nous avons épuisé l'objet principal de cette étude. Cependant nous ne pourrions, sans être incomplets, passer sous silence un sujet qui se rattache d'une façon très étroite au problème de la recherche de la paternité naturelle : nous voulons parler des droits spéciaux de la mère à l'égard du père de l'enfant illégitime.

Ce sujet, disons-nous, est *intimement lié* à l'étude de la condition juridique de l'enfant naturel : il est facile de le prouver. D'abord n'oublions pas que c'est de l'action en dommages-intérêts jadis accordée à la fille-mère, qu'est née l'action spéciale de l'enfant en recherche de paternité naturelle. Nous avons déjà montré, comment peu à peu s'était différenciée et dédoublée l'action unique, qui était dans l'ancien droit conférée à la seule mère naturelle, et dont le but essentiel était de lui faire obtenir réparation du préjudice, que lui avaient causé la séduction et la maternité. Le droit propre de l'enfant apparut bientôt sous le droit de la mère, et finit par s'en distinguer nettement. Aujourd'hui, nous avons *deux actions différentes*, l'action personnelle de l'enfant en recherche de paternité naturelle, l'action spéciale de la mère en dommages-intérêts contre le père illégitime. Mais ces deux droits, actuellement indépendants, ont une origine commune et se confondaient jadis en un seul.

Ils sont inspirés également par un même esprit, ils servent un même but : l'intérêt de l'enfant naturel. En effet, si telle n'était pas l'intention du législateur, comment celui-ci s'en tenant à la rigueur des principes juridiques, eût-

il pu autoriser la fille-mère à demander réparation du préjudice, que lui a causé un acte, auquel elle a nécessairement consenti et participé ? Comment des droits eussent-ils pu résulter d'un fait illicite, au profit d'un des coauteurs contre l'autre. On ne saurait se faire un titre de sa propre immoralité. *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. D'autre part, si certaines filles-mères ont été indignement abusées par de vils séducteurs, beaucoup d'autres sont les victimes de leurs désordres et de leurs mauvais penchants. Mais le législateur s'est uniquement préoccupé de l'intérêt de l'enfant : il a pressenti les graves dangers, auxquels pouvait être exposée la vie du nouveau-né, du fait de la misère et du dénuement de la mère. Il ne suffit pas, en effet, de procurer à l'enfant les secours indispensables ; il faut encore assurer l'existence de la mère qui, pendant une certaine période de temps avant et après l'accouchement, est dans l'obligation de cesser tout travail et ne peut plus subvenir à ses besoins ; et cependant, les soins et les frais, que nécessite on état, se sont sensiblement accrus. Or, le sort de l'enfant est intimement lié à celui de la mère. De même qu'il y a eu entre eux pendant des mois une communauté absolue de vie physique, ils sont unis ensuite par une étroite solidarité matérielle et morale. L'enfant subit inévitablement les contre-coups de la situation pénible où se trouve sa mère ; il souffre nécessairement de sa misère et de sa détresse. Refuser tout secours à la mère, c'est priver le nouveau-né d'une partie des soins que réclame la fragilité de sa vie, c'est l'exposer aux mauvais traitements, à la maladie, à la mort, qui fait déjà tant de victimes parmi les enfants naturels. C'est aussi provoquer les filles-mères à l'avortement et à l'infanticide ; c'est enfin accroître injustement les charges déjà lourdes des caisses publiques d'assistance (1). C'est donc avant tout, dans l'intérêt de l'enfant naturel, que le législateur a accordé des droits spéciaux à la mère contre le père. D'ailleurs, toute loi organisant la recherche de la paternité naturelle se propose un double but : d'abord, celui de permettre à l'enfant illégitime d'obtenir de son père l'accomplissement de son devoir d'as-

(1) Voy. *Motifs du C. civ. all.*, t. IV, p. 907.

sistance, et puis celui de réprimer la débauche et de prévenir la séduction. Plus on aggrave les conséquences de la paternité, plus puissant est le frein qui modère les mauvais instincts des séducteurs. Selon les termes de l'éminent juriste belge, M. Picard, le véritable titre que devrait porter une loi concernant la recherche de la paternité naturelle, est celui-ci : « Loi relative à la répression de la « séduction et aux réparations dues aux mères et aux enfants naturels abandonnés » (1).

Communes par leur origine historique, communes par le but en vue duquel elles sont instituées, l'action de l'enfant et celle de la mère sont encore communes par leur *fondement juridique*. En effet, l'action spéciale de la mère n'est pas, à proprement parler, une action en dommages-intérêts « Schadenersatzanspruch » ; cette expression par laquelle on la désigne couramment n'est point rigoureusement exacte, et elle prête à équivoque. On pourrait croire que le fondement du droit de la mère est délictuel, alors qu'il est bien certain qu'aujourd'hui le fait de la procréation, hors mariage, ne constitue pas, aux yeux du législateur, un délit (2). En réalité, de même que le droit de l'enfant, le droit de la mère a sa source dans la paternité du défendeur, dans le rapport de filiation qui unit le père à l'enfant. On a même soutenu que les prestations dues à la mère pour frais de couches faisaient partie des prestations nécessaires à l'entretien de l'enfant (3). En tous cas, le de-

(1) Picard. Sénat belge, 1907, n° 167, p. 167, 1^{re} col.

(2) Voy. sur ce point notre chapitre sur « le Fondement de l'obligation alimentaire du père naturel ». — Un grand nombre de théories ont été émises sur le fondement du droit de la mère. Les *Motifs du C. civ. all.* et la grande majorité des auteurs considèrent, que l'obligation du père d'indemniser la mère trouve son fondement juridique dans la loi « unmittelbar auf dem Gesetz beruhende Ersatzanspruch ». En ce sens, *Motifs du C. civ. all.*, t. IV, p. 907. — Planck, ad art. 1715. — Dernbürg, IV § 90. — Poetzsch, *op. cit.*, p. 102. — Hirsch, *op. cit.*, p. 48. — Cette théorie est assurément fort simple ; malheureusement, elle ne constitue pas une véritable explication. — Sur la théorie du délit, voy. notre travail, *loc. cit.*, p. 749.

(3) Iselin. *Zeitschrift für schweiz. Recht*. N. S. VII, 610. — *Protop.* vol. 4, p. 689.

voir d'assistance entre le père et la mère naturels peut être comparé à celui qui existe entre époux, de même que le devoir d'entretien du père naturel à l'égard de son enfant est analogue à celui qui incombe au père légitime envers les enfants issus du mariage (1). Dans les deux cas, la créance de la mère et de l'enfant est une créance alimentaire, fondée sur des rapports de famille (2); mais, quand il s'agit de parents naturels, cette créance est limitée, du moins dans les législations germaniques, à une certaine période de temps. Quelle que soit la situation juridique du père et de la mère, qu'ils soient ou non unis par les liens du mariage, l'homme qui a rendu une femme enceinte, assume le devoir moral de procurer les ressources indispensables à la vie de cette femme qui, par suite de son état, est incapable de subvenir elle-même à ses propres besoins. Au reste, le père est tenu de pourvoir à l'entretien de l'enfant; et, comme nous l'avons déjà montré, cette obligation implique celle de secourir la mère, car le sort de l'un est intimement lié au sort de l'autre. On peut donc dire que le fondement du devoir d'assistance du père naturel envers la mère réside, comme celui du devoir d'entretien du père envers l'enfant, dans la paternité du défendeur, dans un rapport de famille (*familienrechtliche Basis*), dans le lien de parenté qui unit le père et la mère à l'enfant né de leurs relations. « Der Rechtsgrund der Verpflichtung des auszerehelichen Vaters gegenüber der Mutter liegt also in der beidseitigen Blutsverwandtschaft zum Kinde » (3).

Il apparaît donc très nettement, que l'étude que nous allons consacrer aux droits de la mère contre le père naturel ne nous entraîne pas hors de notre sujet, mais au contraire, le complète et le développe d'une façon indispensable. Ainsi les dispositions légales relatives à la mère naturelle concernant l'enfant lui-même au moins indirecte-

(1) Cf. Peyer, *op. cit.*, p. 150.

(2) En ce sens, Allemagne : Opet, *op. cit.*, § 39, p. 409. — Cf. Endemann, II, 674, n. 76. — Suisse : Mohr, *op. cit.*, p. 69, 102. — Peyer, *op. cit.*, p. 150, 151. — Egger, ad art. 317, note 1 b. — Belgique : Leclercq, *op. cit.*, n° 62, p. L.

(3) Peyer, *loc. cit.*

ment, et constituent vraiment « *le corollaire des principes déjà exposés* » (1). Nous verrons d'ailleurs que l'action de la mère est soumise sur un grand nombre de points aux mêmes règles que l'action de l'enfant. En particulier, les mêmes exceptions d'inconduite, d'infidélité peuvent être opposées à ces deux actions différentes.

Il convient, avant de commencer cette étude, de distinguer, parmi les droits de la mère naturelle contre le père, deux actions tout à fait différentes : il y a d'abord une *action spéciale en remboursement des frais de couches et d'entretien de la mère*, pendant une certaine période de temps où elle est incapable de subvenir à ses besoins. Ce droit de la mère est absolument indépendant de toute idée de faute de la part du père naturel. Il peut être exercé alors même que la mère aurait librement consenti aux relations intimes et y aurait peut-être elle-même entraîné le père. Il est donc uniquement inspiré par cette idée que l'homme qui a participé à l'acte de vie doit en supporter les responsabilités ; il peut être considéré comme la compensation des souffrances et des ennuis que la nature impose à la mère. L'indemnité due par le père est limitée, quant à son objet ; elle est seulement destinée à rembourser à la mère les dépenses qu'ont occasionnés l'accouchement et l'entretien de la femme pendant le temps des couches. Elle a donc, en quelque sorte, un caractère *forfaitaire* ; sans doute son montant est variable selon les espèces, mais son but est légalement déterminé. On a même pu, avec quelque raison, rapprocher le droit de la mère naturelle du droit de l'ouvrier en matière d'accidents du travail (2). Dans les deux cas, l'indemnité forfaitaire est due sans qu'on ait à rechercher où se trouve la faute. D'aucuns mêmes, poursuivant la comparaison, prétendent que les dispositions, relatives à la recherche de la paternité naturelle, sont, elles aussi, dominées par l'idée de risque. Ce droit de la mère est consacré en particulier par le Code civil allemand (art. 1715), le Code civil suisse (art. 317), la loi belge du 6 avril 1908 (art. 340 c), la loi norvégienne

(1) Haléwyck, *op. cit.*, p. 143.

(2) Keesen. Sénat belge, 1907, n° 223, p. 219.

(art. 4), la loi danoise (art. 2), le Code civil russe (art. 132, 6 et 7 loi de 1902), et la loi hollandaise du 16 novembre 1909. Il est, au contraire, absolument inconnu dans les législations latines ; en particulier, le législateur français de 1912 n'a pas même paru en soupçonner l'existence. Cet oubli est assurément très regrettable.

A côté de cette action spéciale de la mère naturelle existe une *autre* action, *conforme au droit commun*, par laquelle toute personne, qui a subi un dommage par le fait d'autrui, est autorisée à lui en demander réparation. On fait alors application à la matière spéciale de la paternité naturelle du principe général de la responsabilité, tel qu'il est énoncé par exemple par l'article 1382. Cependant, certaines législations, telles que le Code civil allemand (art. 823, 825, 847 al. 2, 1300) et le Code civil suisse, ont senti le besoin de développer cette idée et de l'adapter tout particulièrement à notre sujet. Cette action présente alors un caractère tout différent de la première action, dont nous parlions ; elle ne repose pas sur le même principe. La première est basée sur le seul fait de l'accouchement ; celle-ci suppose, avant tout, la *faute* du père naturel ; elle n'aboutit que s'il est prouvé qu'il y a eu emploi de la ruse, de la fraude, de manœuvres dolosives, de violence pour contraindre la femme à la cohabitation. Tel est le point de vue essentiel auquel doit se placer le juge ; nous verrons que le fait de l'accouchement est tout à fait secondaire ; il n'est même pas nécessairement une condition indispensable de l'exercice de l'action. Si le succès d'une telle action paraît plus difficile, par contre, il est plus *complet* ; car l'indemnité que peut obtenir la fille-mère n'est pas forfaitaire ; elle peut être, dans certains cas, considérable, car elle a pour objet de réparer, non plus le préjudice matériel, mais le préjudice moral subi par la mère. Dans la fixation du montant de l'indemnité, le juge jouit du plus large pouvoir d'appréciation, de même qu'il apprécie librement le bien fondé de la demande. Au contraire, quand il s'agit de la première action, à raison de son caractère spécial, le droit de la mère *s'impose* au juge, dès que la paternité du défendeur est établie ; il en est la conséquence nécessaire et forcée.

action, à raison de son caractère spécial, le droit de la mère *s'impose* au juge, dès que la paternité du défendeur est établie ; il en est la conséquence nécessaire et forcée.

Les deux actions, dont dispose la mère, ne font donc pas double emploi, comme on serait tenté de le croire. Elles sont distinctes, tant par leur caractère que par leur objet et leurs conditions d'exercice. Nous avons déjà maintes fois retracé, au cours de ce travail, l'évolution sociologique de l'action en recherche de paternité. L'étude des droits spéciaux de la mère vient ajouter un nouveau chaînon. Nous avons montré comment l'action en recherche de paternité proprement dite s'était peu à peu dégagée de l'action en indemnité originairement accordée exclusivement à la mère naturelle ; ces droits se sont différenciés et leurs titulaires sont aujourd'hui nettement distincts. Mais l'action n'a pas fait seulement que se dédoubler en deux actions différentes ; elle a donné naissance à trois droits absolument indépendants : le droit de l'enfant illégitime de faire déclarer la paternité de son auteur, le droit de la mère d'obtenir le remboursement de ses frais de gésine ; enfin un troisième droit appartenant également à la mère et ayant pour but d'obtenir réparation du préjudice moral qui lui a été causé par la grossesse. Ainsi, à mesure qu'une idée se développe et s'affirme, les divers éléments qu'elle renferme se dégagent et se différencient.

Nous allons donc étudier successivement les deux actions différentes que la mère naturelle peut exercer contre le père ; nous commencerons par l'examen de celle qui se rattache le plus intimement à notre sujet, parce qu'elle suppose comme condition essentielle la naissance d'un enfant.



Cette première action a pour objet de faire obtenir à la mère le remboursement (Ersatz) de ses *frais de gésine*. Mais, si les législations germaniques -- puisque c'est seulement chez elles que l'on rencontre des dispositions relatives à ce sujet -- s'accordent à sanctionner ce droit spécial de la mère, elles diffèrent, par contre, sur l'étendue de l'indem-

nité qui lui est due. Les plus restrictives, et, parmi elles, il faut ranger les lois norvégienne (art. 4), danoise (art. 2), belge (art. 340 c) et hollandaise, limitent le droit de la mère à la réclamation des dépenses nécessitées par son accouchement et son entretien personnel, pendant les quelques semaines qui précèdent et qui suivent cet événement. Mais d'autres législations, telles que le Code civil allemand (art. 1715) et le Code civil suisse (art. 317) se sont montrées beaucoup plus généreuses ; elles accordent à la mère, outre les frais de gésine proprement dits, une indemnité destinée à la couvrir « *de toutes les autres dépenses* » (weitere Aufwendungen) occasionnées par la grossesse « ou l'accouchement » (1). Nous verrons que la généralité

(1) Il est fort curieux d'étudier les différentes phases par lesquelles est successivement passée la rédaction de l'art. 1715 du C. civ. all., elle n'a été adoptée qu'à la suite de longs débats et malgré d'opiniâtres résistances. Les droits de la mère ont, pour ainsi dire, été conquis un à un. M. Haléwyck a tracé, dans son rapport, une (innerhalb der Grenzen der Nothbedürft). *Motifs*, IV, p. 909, 910. ministre. — Voy. Haléwyck, *op. cit.*, p. 144, 147. — Le premier projet de Code civil allemand n'avait accordé à la mère que les frais d'accouchement et d'entretien pendant les six premières semaines suivantes, et cela seulement dans les limites de la stricte nécessité (innerhalb der Grenzen der Nothbedürft). *Motifs*, IV, p. 909, 910. — Au sein de la deuxième commission, quelques membres émirent l'idée de proportionner le montant de l'indemnité à la condition sociale de la mère, ce qui semblait logique, puisque c'est d'après cette base qu'est déterminée l'étendue du droit alimentaire de l'enfant, et que c'est surtout dans l'intérêt de celui-ci, qu'une indemnité a été accordée à la mère. La majorité répondit par une plaisanterie, en disant que peu importait à l'enfant que la mère s'accouchât ou non suivant son rang social. A plus forte raison fut repoussée la proposition tendant à faire supporter au père la charge des autres frais occasionnés par l'accouchement. *Protokolle*, p. 6225, 8684, 8686. — Ce ne fut qu'à la commission parlementaire du Reichstag, que les défenseurs des droits de la femme remportèrent une première victoire. Invoquant l'intérêt de l'enfant, dont la vie est compromise par la misère de la mère, ils réussirent à faire admettre le principe que les dépenses d'accouchement et d'entretien seraient proportionnées au rang social de la mère. Sur le deuxième point, touchant l'indemnité du préjudice causé à la mère par la grossesse, la commission resta inflexible, considérant

et l'imprécision de ces termes autorisent une interprétation des plus libérales et des plus favorables à la mère naturelle. Ainsi, ces législations reproduisent, à propos des droits spéciaux de la mère, la distinction que le Code civil allemand a introduite relativement au droit à l'entretien de l'enfant : il y a d'abord une indemnité *ordinaire* due pour le remboursement des frais habituellement, normalement nécessités par toute naissance d'enfant ; puis, il existe une indemnité *extraordinaire*, destinée à couvrir les dépenses causées exceptionnellement, accidentellement, par la grossesse ou l'accouchement.

Étudions séparément ces différents objets du droit de la mère. Les frais, dont le remboursement est certainement le plus impérieux, sont les frais de couches proprement dits (*Kosten der Entbindung*). Ils comprennent spécialement les honoraires du médecin, le paiement de la sage-femme, des garde-malades le cas échéant, les achats de médicaments, instruments, objets de désinfection, etc. (1). Il est plus difficile de déterminer avec précision le deuxième élément de cette indemnité ordinaire, qui consiste, dans le paiement des frais d'entretien de la mère pendant ses cou-

qu'on ne peut indemniser quelqu'un d'un dommage, résultant d'un acte illicite auquel il a participé et consenti *Kom. Ber.* pp. 163, 164. Ces dernières résistances devaient tomber devant les arguments de sentiment présentés devant le Reichstag, à la séance plénière du 26 juin 1896 par les députés Auer et Bebel, qui surent toucher l'assemblée, en faisant un émouvant tableau de la triste situation de la fille-mère, abandonnée, clouée sur un lit d'hôpital par la maladie contractée à la suite de l'accouchement. C'est un devoir d'humanité, disait Bebel, de faire assister cette femme par l'homme qui l'a séduite. — Séance du 26 juin 1896. *Stén. Ber.*, p. 2990.

(1) Planck, ad art. 1715, note 1 *a* et *b*. — Crome, IV, § 619, p. 560. — Poetzsch, *op. cit.*, p. 103. — Cosack, § 357, p. 677.1. — Opet, *op. cit.*, § 39. II. *a. b.*, p. 405, 406. — Hirsch, *op. cit.*, p. 50. — Egger, ad art. 317, note 3 *a*. — Curti Forrer ad art. 317, note 5. — La situation de la mère naturelle n'a pas été modifiée par la loi allemande du 25 mai 1903, qui alloue des secours aux femmes accouchées, qui n'ont point de ressources, et leur garantit la gratuité des soins médicaux et de l'assistance de la sage-femme et du médecin (art. 20 et 21). — Planck, ad art. 1715, note 12.

ches (Unterhaltskosten). Disons, dès l'abord, que personne ne saurait mettre en doute la légitimité de ce droit ; la mère se trouvant, en effet, pendant une certaine période de temps, dans l'incapacité absolue de travailler pour gagner sa vie, il est équitable que l'homme, des œuvres duquel elle est enceinte, soit tenu de payer les dépenses nécessitées par l'entretien de la femme jusqu'à ce que celle-ci se relève de ses couches. Mais les difficultés surgissent, lorsqu'il s'agit de déterminer l'étendue de cette période d'inactivité de la femme grosse. Afin d'éviter toute contestation, d'assurer à la mère une satisfaction plus prompte et plus certaine de son droit, et aussi afin de ne pas imposer au père une charge excessive, le législateur n'a point voulu laisser aux parties le pouvoir de fixer la durée de cette période ; il a lui-même pris soin de la délimiter d'une façon générale et d'adopter un délai assez étendu pour qu'il corresponde à celui que réclame, dans la grande majorité des cas, le rétablissement de la mère, et cette mesure découle logiquement du caractère forfaitaire de l'indemnité. Mais, dans cette détermination, les législateurs ont fait preuve d'une plus ou moins grande générosité. La loi belge prévoit seulement un délai de quatre semaines (art. 340 c), le Code civil allemand (art. 1715) un délai de six semaines après la délivrance. La loi danoise assure l'entretien de la mère pendant un mois avant et un mois après l'accouchement (art. 2). Sur ce point comme sur tant d'autres, le Code civil suisse, très libéral, comprend dans cette période les quatre semaines qui précèdent et les quatre semaines qui suivent l'accouchement ; le délai est donc de huit semaines (1) ; et ce n'est là qu'un *minimum* (mindestens) (2). Si donc la mère se trouve, dès avant le commencement des quatre semaines précédant l'accouchement ou au delà des quatre semaines qui suivent, dans

(1) Ce délai correspond à celui qui est fixé par la loi sur les fabriques (art. 15), aux termes de laquelle une femme ne peut travailler dans un atelier pendant huit semaines en totalité avant et après l'accouchement.

(2) Egger, ad art. 317, note 3 b. — Peyer, *op. cit.*, p. 152.

l'incapacité de travailler pour gagner sa vie, le père peut être tenu de lui assurer l'entretien pendant un temps plus long que celui qui est prévu par la loi (1). Ainsi, le devoir d'entretien dure tant que l'incapacité subsiste (die Unterhaltspflicht dauert solange als die Unfähigkeit anhält). Ce principe est consacré, sans restriction, par le C. civ. russe : « Le père de l'enfant illégitime, dit l'article 132-7, doit payer, « en cas d'insuffisance des moyens de la mère, les dépenses « ses nécessités par son accouchement, et pourvoir, en « suite, à sa subsistance quotidienne jusqu'à sa guérison ».

L'entretien de la mère n'est pas calculé d'après les strictes nécessités de l'existence, mais, de même que l'entretien de l'enfant, il doit être conforme à sa *situation sociale* (*standesmäßiger Unterhalt*) (2). Il en résulte qu'il est absolument indépendant de la capacité de fortune du père et de l'importance des ressources personnelles de la mère (3). Celle-ci peut réclamer l'indemnité, alors qu'elle est riche et que le père est pauvre ; peu importe qu'elle ait continué à recevoir son salaire pendant le temps de ses couches, ou qu'elle ait pu reprendre son travail avant la fin du délai prévu par la loi (4). Elle n'a pas davantage à prouver la *réalité* des dépenses qu'elle a faites ; l'indemnité lui est toujours due, bien qu'elle ait été soignée chez ses parents ou qu'elle ait reçu gratuitement des soins médicaux et pharmaceutiques (5). On a voulu, avec raison, éviter à la mère toutes les occasions de chicanes et de procès : son droit

(1) Voy. Egger, *loc. cit.*

(2-3) Planck, ad art. 1715, note 3. — Opet, *op. cit.*, § 39. II b. p. 408. — Fischer et Henle, ad art. 1715, n° 2, 7. — Poetzsch, *op. cit.*, p. 107. — Hirsch, *op. cit.*, p. 51. — Curti Forrer, ad art. 317, note 6. — Peyer, *op. cit.*, p. 152. — Egger, ad art. 317, note 3 b.

(4) Crome, § 619, p. 561, note 14. — Dernbùrg, IV, § 90, p. 293, note 5 c. — Opet, *op. cit.*, § 39, p. 408. — Poetzsch, *op. cit.*, p. 103. — Egger, Curti Forrer, *loc. cit.* — Le père ne saurait être admis à payer seulement le surplus des dépenses d'entretien, et à déduire les dépenses que la mère devrait faire pour son entretien si elle était dans une situation normale.

(5) Voy. art. 1715 C. civ. all. : « La mère peut réclamer le montant ordinaire des frais à payer, sans égard à la dépense réelle ». — Planck, ad art. 1715, note 5. — Dernbùrg, IV, § 90, p. 293, note 5.

est trop évident, et son état réclame des secours immédiats (1-2). Toutes ces solutions s'harmonisent parfaitement avec le caractère *forfaitaire* de l'indemnité. *Aucune preuve n'est réclamée de la mère*; comme le dit fort bien un auteur allemand: « Das Faktum der Entbindung begründet eine *praesumptio juris ac de jure* für die Entstehung beider Kostengruppen (Entbindungskosten im engsten Sinne und Unterhaltskosten) » (3).

Passons maintenant à l'étude du droit que certaines législations reconnaissent à la mère de réclamer le remboursement des dépenses *extraordinaires*, exceptionnelles, occasionnées par la grossesse ou l'accouchement (außerordentlicher Ersatzanspruch). La généralité des termes employés par les législateurs « weitere Aufwendungen » — « andere Auslagen » (4) a donné lieu, en doctrine et en jurisprudence aux plus vives controverses. Mais elle a l'avantage de permettre une interprétation libérale du texte. Que faut-il donc entendre au juste par ces expressions « autres dépenses occasionnées par la grossesse et

— Crome, § 619, p. 560 n° 2 et note 14. — Cosack § 357, p. 677, note 1 c. — Opet, *op. cit.*, § 39 II c. p. 408. — Poetzsch, *op. cit.*, p. 109, 110.

(1) Cf. *Motifs du C. civ. all.* IV, p. 911.

(2) Le taux de l'indemnité accordée à la mère pour frais d'accouchement varie d'ordinaire en Allemagne entre 30 et 60 marks; celui de l'entretien entre 42 et 75 marks (Haléwyck, *op. cit.*, p. 147. — Il paraît être encore beaucoup plus variable en Belgique, si l'on en juge par ces quelques chiffres tirés de décisions judiciaires récentes: 50 francs Arlon, 19 déc. 1912; *Pasic.* 1913.3.57; 100 fr. Bruxelles, 25 janv. 1913. *Pasic.* 1913.3.117; 300 fr. Huy, 2 mai 1912. *Pasic.* 1913.3.49.

(3) Opet, *op. cit.*, § 39, p. 408.

(4) Art. 1715, al. 1, C. c. all. — Art. 317, al. 3, C. c. s. — Une proposition déposée, en ce sens, devant la Commission de justice du Sénat belge fut repoussée. On considéra que l'intervention obligatoire du père, dans les limites de l'article 340 c (frais de couches et entretien pendant quatre semaines) suffirait généralement à secourir efficacement la mère naturelle dans la période où elle est le plus exposée à la misère. Cf. Rapport au Sénat n° 107, p. 128. D'ailleurs, la mère conserve l'action ordinaire en dommages-intérêts fondée sur l'art. 1382.

« l'accouchement » ? Une condition, qui paraît tout d'abord indispensable pour fonder le droit de la mère, c'est qu'il existe une relation de cause à effet entre le fait de la grossesse et les événements qui ont nécessité des dépenses exceptionnelles : tel est le principe général. Il paraît tout d'abord certain qu'en édictant de telles dispositions, le législateur a eu en vue les frais occasionnés par une maladie survenue à la suite de l'accouchement. L'enfantement peut, en effet, donner lieu, dans certains cas, à certaines opérations chirurgicales délicates et coûteuses, il peut déterminer une maladie qui immobilise la mère pendant de longs mois et nécessite des soins médicaux, un séjour dans un établissement, un régime spécial, etc. Déjà, même, pendant le temps de la gestation, l'état de la femme peut réclamer certain traitement approprié ; ce sont les frais de grossesse proprement dits (*Schwangerschaftskosten*). Dans tous les cas où certains accidents entravent ou compliquent la marche normale de la grossesse ou de l'accouchement, le père peut être contraint de continuer, pendant une longue période de temps, son aide pécuniaire et d'acquitter des frais, dont le montant dépasse sensiblement le taux normal des dépenses ordinaires (*gewöhnlicher Betrag*) (1).

Mais un autre préjudice, non moins grave, peut résulter pour la fille-mère du fait de l'accouchement : l'hypothèse la plus fréquente est celle de la perte de son emploi, soit que sa place ait été prise par une autre, pendant le temps de ses couches, soit que le patron l'ait congédiée à raison de sa mauvaise conduite, soit qu'elle n'ait pu satisfaire à un engagement théâtral antérieurement contracté, etc...

(1) Tous les auteurs s'accordent à faire rentrer ces frais parmi les autres dépenses « prévues par les art. 1715 C. C. all., et 317, al. 3, C.C. suisse ; d'ailleurs, cette hypothèse a été spécialement prévue au cours des débats au Reichstag, *Kom Ber.*, p. 2086 ; il est naturellement indispensable que la maladie de la mère dérive de l'accouchement. Voy. en particul. Crome, IV, § 619, p. 560. — Opet, *op. cit.*, § 39, p. 406. — Cosack, IV, § 357, p. 677. — Poetzsch, *op. cit.*, p. 104. — Peyer, *op. cit.*, p. 152. — Curti Forrer, ad art. 317, note 9. — Mohr, *op. cit.*, p. 104. — Egger, ad art. 317, note c.

Pour se procurer un nouvel emploi, la mère a dû faire des voyages, des démarches coûteuses ; peut-être même ne gagne-t-elle dans sa nouvelle place qu'un salaire insuffisant. Tous ces dommages, qui, sans aucun doute, sont les conséquences de la grossesse et de l'accouchement peuvent-ils être rangés parmi les « weitere Aufwendungen » ? Cette question est très discutée en doctrine et en jurisprudence (1). En effet, si l'on interprète strictement les textes, il faut reconnaître que dans la plupart de ces hypothèses, il ne s'agit pas vraiment de dépenses « Auslagen » — « Aufwendungen » — mais de « gain manqué » *lucrum cessans* — « eingebüßter Gewinn ». Ce dernier élément du dommage doit-il être mis à la charge du père naturel ? Mais, d'autre part, il est indéniable que ce préjudice a été directement causé à la fille-mère par l'accouchement. Or, les principes élémentaires du droit imposent à quiconque a fait subir à autrui un dommage, l'obligation de le réparer ; et l'équité exige aussi que la femme qui, à la suite

(1) *Pour* : Planck, ad art. 1715, note 1 c. Comme le dit très bien cet auteur, l'indemnité ne doit être accordée en ces hypothèses à la mère, qu'autant que celle-ci avait besoin de ce travail pour vivre et a dû se procurer de l'argent par d'autres moyens. En ce sens : Crome, IV, § 619, p. 560. — Dernburg, IV, § 90, p. 293, note 5. — Hirsch, *op. cit.*, p. 52. — Poetzsch, *op. cit.*, p. 105. — Egger, ad art. 317 C. C. S., note 3. — Mohr, *op. cit.*, p. 104. — Trib. cantonal de Berlin. *Blätter für Rechtspflege des Kammergerichts*, 1902, p. 83. — Trib. Bentzen, 14 juin 1902. *Zeitschrift der Anwaltskammer zu Breslau*, 1902, p. 37 (cités par Haléwyck) ; Trib. Magdeburg, 2 mai 1905. *Zeitschrift der Anwaltskammer Naumburg*, 1905, p. 77 ; Trib. Dresde, 26 oct. 1906. *Sächsisches Archiv*, 1907, p. 39.

Contre : Eck. *Vorträge*, III, p. 518. — Staudinger-Engelmann, ad art. 1715. — Opet, *op. cit.*, § 39, p. 406-407. — Peyer, *op. cit.*, p. 153. — Bamberger. *Juristische Wochenschrift*, 1902, p. 62. — Witte. *Deutsche Juristenzeitung* 1904, p. 986. — Trib. Hirschberg, *Jur. Monatschrift für Posen*, 1902, p. 13. — Trib. Stettin, 7 mars 1902. *Rechtsprechung der Oberlandesgerichte*, 1902, p. 353. — Trib. Carlsruhe, 24 juin 1902. *Badische Rechtspraxis*, 1902, p. 256, (cités par Dernburg, *loc. cit.*). — Trib. Stettin. *Zeitsch. der Anwaltskammer Naumburg*, 1904, p. 24. — Trib. Königsberg, 9 oct. 1905. *Jur. Monatschrift für Posen*, 1905, p. 166. — Trib. Freiberg, 9 janvier 1907. *Sächsisches Archiv*, 1907, p. 396, etc.

de sa grossesse, a perdu son gagne-pain, puisse trouver assistance auprès du père de son enfant avant de s'adresser à la bienfaisance publique. Au reste cette question n'a peut-être pas l'importance qu'elle paraît tout d'abord présenter : en effet, si l'on refuse à la mère naturelle d'obtenir, par son action spéciale en remboursement des frais de couches, la réparation de ce préjudice résultant de la grossesse, elle peut, du moins, soutenir avec succès la même prétention en exerçant l'action du droit commun, en réclamation de dommages-intérêts. Il est vrai que cette seconde action est moins largement ouverte que la première (1).

On discute également la question de savoir s'il faut comprendre parmi ces « autres dépenses » les frais d'enterrement de la mère. La réponse ne paraît pas douteuse, lorsqu'il est prouvé que la mère est morte à la suite de ses couches (2). Il en serait différemment, si le décès de la mère tenait à une autre raison. Le principe reste toujours le même : il doit y avoir relation de cause à effet entre la grossesse et le fait qui a rendu nécessaires des dépenses supplémentaires (infolge der Schwangerschaft notwendig gewordene Auslagen).

Quel que soit son objet, l'action de la mère s'exerce *indé-*

(1) Voy. quelques pages plus loin.

(2) En ce sens, Planck, ad art. 1715, note 1 c. — Crome, t. IV, § 619, p. 560. — Dernburg, IV, § 90, p. 292. — Poetzsch, *op. cit.*, p. 106. — Egger, ad art. 317 C. C. S. note 2 b. — Peyer, *op. cit.*, p. 153. — Jug. du L. ger. de Tilsitt, 13 nov. 1906. *Juristische Monatschrift für Posen, West und Ostpreussen*, 1906, p. 170 (cité par Robert, *op. cit.*, p. 390). — *Contra* Opet, *op. cit.*, § 39, p. 407 et note 14. — Mantey, *op. cit.*, p. 85. — Hirsch, *op. cit.*, p. 52. — Mumm. *Die Beerdigungskosten der in Wochenbett verstorbenen Mutter eines unehelichen Kindes. Recht.*, 1901, p. 253. — Witte. *Deutsche Juristenzeitung*, 1904, p. 986. *Motifs du C. civ. all.*, IV, p. 910 ; mais il convient de remarquer que le premier projet n'avait pas admis cette partie de la dette du père naturel (frais extraordinaires résultant de la grossesse et de l'accouchement). — Par contre, il n'est pas douteux que les frais d'inhumation de l'enfant mort-né incombent au père, comme conséquences de l'accouchement. Voy. Poetzsch, *op. cit.*, p. 101. — Hirsch, *op. cit.*, p. 54.

pendamment de celle de l'enfant. Elle peut être intentée avant que soit introduite l'action en recherche de paternité, ou même si celle-ci ne peut pas être intentée par suite de la mort de l'enfant avant le jugement. Le Code civil suisse prévoit spécialement ce cas (art. 309, al. 2), ainsi que celui où l'enfant est mort-né (voy. art. 1715, al. 2, C. c. allemand) (1). Ces solutions peuvent paraître surprenantes, si l'on songe qu'une indemnité n'est accordée à la mère que dans le seul intérêt de l'enfant, mais il faut bien reconnaître que les dépenses de la mère sont aussi élevées, même si l'enfant ne vit pas. Et ainsi il a bien fallu parfois, contraint par les réalités de la vie, tenir compte de l'intérêt de la fille-mère. Il semble que la même solution eût dû, logiquement, être adoptée dans le cas de fausse couche (*Fehlgeburt*). Cependant, bien que les textes soient muets sur ce sujet, les auteurs décident généralement que dans cette hypothèse, la mère est privée de son droit (2). Ils s'appuient principalement sur cette raison de fait que, par suite de l'indétermination absolue de l'époque de la conception, il devient impossible de découvrir le véritable père de l'enfant, ils ajoutent qu'il faut éviter de créer un intérêt à provoquer de pareils accidents (3). Enfin, les tex-

(1) Comp. rapport au Sénat belge, n° 98, p. 122. Leclercq, *op. cit.*, n° 58, p. XLVIII. — Le C. civ. suisse prévoit, en outre, le cas où l'enfant a fait l'objet d'une reconnaissance volontaire de la part de son père (art. 309, al. 2). En effet, dans cette hypothèse, il ne saurait être question d'exercer l'action en recherche de paternité. Mais comme les droits de l'enfant et de la mère sont indépendants, celle-ci peut faire valoir sa créance, même si l'enfant a été reconnu par le père. — Cf. Egger, ad art 309, note 2. — Curti Forrer, ad art. 309, notes 13, 14, 15.

(2) En ce sens, Planck, ad art. 1715, note 8. — Staudinger, ad art. 1715. — Dernburg, t. IV, § 90, p. 293. — Fraenkel, *op. cit.*, p. 179. — Cosak, t. IV, § 357, p. 677.2. — Endemann, *Rechtliche Stellung des unehelichen Kindes*, 2, § 207, n° 74. — Poetzsch, *op. cit.*, p. 108. — Jastrow, *op. cit.*, p. 177. — Mantey, *op. cit.*, p. 64. — Contra, Opet, *op. cit.*, § 39, p. 405, note 2. — Eck Leonhard. *Vorträge*, t. III, p. 518. — Auteurs suisses : 1^{re} opinion, Mohr, *op. cit.*, p. 71-72. — Peyer, *op. cit.*, p. 155. — 2^e opinion : Egger, ad art. 317, note 2 a.

(3) *Motifs du C. C. all.*, t. IV, p. 911.

tes emploient toujours le mot « enfant », « Kind » ; or, en cas de fausse couche, il n'y a pas, à proprement parler, d'enfant. Mais alors, il reste à déterminer les cas où il faut dire qu'il y a eu « fausse couche », et ceux où il y a eu naissance d'enfant mort-né. Les discussions sont vives sur ce point et elles ne sont plus du ressort des juristes. Cependant, on considère généralement qu'il y a eu fausse couche, lorsque la naissance s'est produite avant la fin du sixième mois de la grossesse, par conséquent, à une époque où le fœtus n'était pas viable (*lebensfähig*) (1). Dans ce cas, on ne peut pas dire qu'un enfant est né ; la mère n'a donc pas de droit, « *Kein Anspruch der Mütter im Falle einer Fehlgeburt, denn hier ist zwar eine *Leibesfrucht*, nicht aber ein Kind geboren* » (2). Cette solution se recommande par de bonnes raisons de textes et de faits ; mais elle est cependant illogique et injuste, si l'on considère que le préjudice pécuniaire subi par la mère est indépendant de tels accidents.

Le droit de la mère, de réclamer une indemnité pour les « autres frais résultant de l'accouchement » est soumis en principe aux mêmes règles que le droit d'obtenir le remboursement de ses frais de gésine, proprement dits. Cependant, tandis que la mère n'a pas à prouver l'existence d'un dommage, ni la réalité des frais nécessités par l'accouchement, quand elle réclame l'obligation d'entretien ordinaire, au contraire, elle est tenue de prouver le préjudice *exceptionnel* qu'elle a subi et la relation de cause à effet, unissant le fait de l'accouchement au fait dommageable, lorsqu'elle réclame une indemnité pour les frais extraordinaires. Les dépenses nécessitées par l'accouchement étant toujours et normalement indispensables à chaque naissance d'enfant, sont présumées et remboursées

(1) Consulter sur ce point E. von Hoffmann. *Lherbüch der gerichtlichen Medizin*, Berlin, 1903, p. 182, spécialement le chapitre intitulé : « *Schwangerschaftsdauer und Fruchtabtreibung* ». — Heuer. *Über Entbindungs und Wochenbettkosten bei Früh-, Fehl- und Totgeburten*. *Recht*, 1904, p. 571. — Mohr, *loc. cit.*

(2) Cosack, IV, § 357, p. 677.

d'office à la mère ; par contre, les autres dépenses extraordinaires sont, par définition, exceptionnelles, anormales, et, par suite il est nécessaire que la mère fasse une demande spéciale afin d'en obtenir le remboursement, et qu'elle prouve l'existence du préjudice subi (1).

Sur tous les autres points, aucune différence ne peut être signalée entre l'action tendant au remboursement des frais de gésine ordinaires et l'action tendant à obtenir une indemnité pour les « autres frais extraordinaires ». Elles sont, d'ailleurs, soumises en général aux mêmes règles que l'obligation alimentaire du père envers l'enfant naturel. Le paiement doit être effectué en espèces ; une transaction peut intervenir entre les parties (2).

La créance de la mère est-elle, de même que celle de l'enfant, insaisissable, incessible, non susceptible de compensation ni de renonciation ? Le sens de la réponse dépend de la solution, que l'on adopte, relativement à la nature du droit de la mère. Si l'on n'y voit qu'une simple action en remboursement, il n'y a aucune raison de créer l'insaisissabilité de la créance (3) ; il en est différemment si on la considère comme une créance alimentaire, fondée sur des rapports de famille.

De même que l'action de l'enfant, l'action en remboursement des frais de gésine est rigoureusement *personnelle* à la mère. Elle ne peut pas être exercée par ses créanciers. Mais est-elle transmissible aux héritiers de la femme ? On a quelque difficulté à l'admettre, en raison du caractère strictement personnel de l'action. Nous avons vu, d'ailleurs, que le droit de l'enfant était d'ordinaire intransmissible activement (4). Cette solution est affirmée par les au-

(1) Crome, IV, § 619, p. 561. — Opet, *op. cit.*, § 39, p. 408.

(2) Voy. Planck, ad art. 1715, note 4. — Crome, *loc. cit.*, note 17.

(3) En ce sens la majorité des auteurs : Planck, ad art. 1715, note 9. — Dernburg, IV, § 90, p. 293, note 5 c. — Poetzsch, *op. cit.*, p. 109. — Mantey, *op. cit.*, p. 67. — Contra Opet, *op. cit.*, § 39, p. 411.

(4) Voy. notre travail, pages 329 et suiv.

teurs belges (1), qui ne permettent pas que les héritiers de la femme, pour utiliser un droit pécuniaire aussi minime, puissent intenter contre un homme une action aussi grave que l'action en recherche de paternité naturelle. Par contre, les héritiers sont libres de suivre l'action commencée, conformément au droit commun. On paraît plus disposé, en Suisse et en Allemagne, à autoriser la transmission de l'action aux héritiers de la mère (2). Mais il est nécessaire qu'à l'époque de sa mort la femme ait été encore investie de son droit, et les héritiers ne peuvent l'exercer que jusqu'à concurrence de la somme due pour l'entretien de la mère pendant le laps de temps, qui va de la naissance de l'enfant au décès de la mère ; si celle-ci meurt avant l'expiration des quatre (C. C. S.), ou six (C. C. all.) semaines, les droits des héritiers sont réduits d'autant (3). Au contraire, il est bien certain que l'action est transmissible passivement contre les héritiers du père, qui en sont tenus comme de toute autre dette de succession ; cette transmission a lieu, même si le père est mort avant la naissance de l'enfant (4). Il convient de remarquer que les héritiers ne peuvent pas user de l'« Abfindungsrecht » à l'égard de la mère comme envers l'enfant ; ils doivent acquitter le montant intégral des frais.

Contrairement à l'action de l'enfant qui est généralement imprescriptible dans les pays germaniques, l'action spéciale de la mère en frais de gésine est ordinairement enfermée dans un *délai* relativement court : un an en Norvège (art. 5 loi 6 juillet 1892), trois ans en Belgique (arti-

(1) Leclercq, *op. cit.*, n° 60, p. XLIV. — Galopin, *op. cit.*, n° 66, p. 48. — Cf. Van den Heuvel. Sénat, 1907, n° 203, p. 197.

(2) Planck, ad art. 1715, note 1 c. — Dernburg, IV, § 90, III c. — Opet, *op. cit.*, § 39, p. 412. — Peyer, *op. cit.*, p. 154. — Egger, ad art. 317, note 2 b.

(3) Hirsch, *op. cit.*, p. 52. — Mantey, *op. cit.*, p. 65. — Opet, *op. et loc. cit.* — Peyer, *op. cit.*, p. 154.

(4) Voy. art. 1715, al. 2, C. civ. all. — Opet, *eod. loc.* — Egger, ad art. 317, note 2 b, et ad art. 322, note 1 a. — L'art. 2 de la loi danoise du 27 mai 1908 prévoit expressément cette transmission passive du droit de la mère.

de 340 *c*, al. 2), quatre ans en Allemagne (art. 1715, C. C. all., al. 3). Le Code civil suisse ne contient aucune disposition spéciale sur ce point ; il faut en conclure que c'est la prescription ordinaire de dix ans qui s'applique (1). Ce délai, conformément au droit commun, commence généralement à courir à partir du jour où la créance est devenue exigible, c'est-à-dire à l'expiration des quatre ou six semaines qui suivent l'accouchement. Cependant la loi belge fait partir le délai du jour même de la délivrance art. 340 *e*, al. 2).

Les législations germaniques, qui permettent la prestation de *sûretés* en vue de l'entretien de l'enfant, autorisent également la mère à réclamer des mesures provisionnelles pour assurer le paiement de ses frais de gésine : ces deux solutions étaient parallèles (art. 1716, C. C. all., art. 321 C. C. suisse) (2).

Mais, tandis qu'en droit allemand la disposition est générale et s'étend à l'ensemble de l'indemnité *ordinaire* due à la mère (frais de couches et entretien pendant six semaines), le Code civil suisse ne prévoit cette mesure que pour les frais présumables de l'accouchement « *mütmassz-lichen Kosten der Entbindung* » (art. 321). Cette restriction n'est guère justifiable. Quant aux « autres dépenses » résultant de la grossesse et de l'accouchement, on comprend qu'elles ne puissent faire l'objet de mesures provisionnelles, car leur montant ne saurait être ni prévu ni déterminé à l'avance.



Mais la femme n'éprouve pas seulement un préjudice matériel du fait de l'accouchement ; elle subit aussi de ce fait — et parfois avec une intensité plus grande — un dommage moral, résultant de la perte de son honneur ; à ce titre, elle a également droit à une indemnité.

Nous avons vu, dans notre introduction historique (1),

(1) Art. 146, C. oblig. — Peyer, *op. cit.*, p. 154.

(2) Planck, ad art. 1715, note 6. — Peyer, *op. cit.*, p. 155.

(3) Voy. notre historique, pages 37, 38.

que l'ancien droit accordait à la fille-mère une action spéciale, dont le but déterminé était la réparation du tort moral causé par la perte de la virginité. Les expressions par lesquelles était désignée cette action indiquent clairement son objet : « *Deflorationsklage* » — « Klage auf Meg-
« tum und Blumen » — « Klage für das Kränzli ». Dans d'autres pays, la fille de bonne conduite « *unbescholtene Jungfrau* », qui avait été entraînée, pouvait contraindre son séducteur à l'épouser ou à la doter : c'était la fameuse action du droit canon : « *actio duc et dota* » (1), que la pratique avait adoucie en laissant au défendeur le choix entre le mariage ou le versement d'une somme destinée à permettre à la fille de s'établir. Enfin, une situation particulièrement avantageuse était faite à la fiancée, qui pouvait contraindre le promettant au mariage.

Nos lois modernes ne connaissent plus ces actions spéciales en dommages-intérêts ; ou, du moins, elles leur donnent un caractère tout à fait différent. La fille n'a pas droit à une indemnité, pour cette seule raison qu'elle a été rendue mère ; elle n'est admise à se plaindre du préjudice moral subi par elle qu'autant qu'on peut prouver l'existence d'une faute de la part du séducteur ; il faut que la femme ait été contrainte à la cohabitation par l'emploi de la violence physique ou morale, par le recours à des manœuvres dolosives. C'est l'application du droit commun, d'après lequel une personne ne peut être rendue responsable d'un fait, que si elle a commis une faute et si la preuve de cette faute est rapportée. Cette différence d'attitude du législateur de l'ancien droit et du législateur moderne méritait d'être signalée.

Dans certaines législations telles que le Code civil allemand et le Code civil suisse, on ne s'est pas contenté d'affirmer le principe général de la responsabilité et de la réparation du préjudice causé à autrui. On a pris soin de développer cette idée et d'en faire une application *spéciale* à notre matière. Par une série de dispositions (art. 823,

(1) On trouve déjà des traces de cette institution dans la Bible. *Deutéronome*, chap. XXII, verset 29 .

825, 847, al. 2, 1300), le Code civil allemand condamne le séducteur à indemniser la femme ou fille séduite du dommage moral qu'elle a éprouvé. Prévoyant spécialement les cas d'abus d'autorité, de manœuvres dolosives et d'acte criminel, les articles 825 et 847 al. 2 du Code civil allemand confèrent à la fille ou à la femme qui, par ruse (*Hinterlist*), menace (*Drohung*), abus d'autorité (*Miszbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses*), délit ou crime (*Verbrechen oder Vergehen*) a été déterminée à une cohabitation hors mariage, le droit exprès de réclamer à l'auteur de ces actes délictueux la réparation totale du dommage qui lui a été causé. Dans l'article 1300 du Code civil allemand, c'est la séduction par promesse de mariage qui est réprimée : « Si une fiancée de conduite irréprochable » (*unbescholtene Verlobte*) a concédé à son fiancé le droit « de cohabitation, elle peut, lorsque les conditions des articles 1298 ou 1299 se trouvent réalisées, demander un « dédommagement convenable, en argent, même pour réparation d'un dommage autre que celui portant préjudice à sa fortune (*Schaden, der nicht Vermögensschaden ist*) ».

Il convient de remarquer que ces actions prévues par le Code civil allemand peuvent être exercées par toute fille ou femme, même non vierge, veuve ou divorcée, pourvu toutefois, qu'elle soit d'une bonne conduite, c'est-à-dire qu'elle ait été réellement trompée, abusée, séduite. Ce caractère délictuel est reconnu par toutes les législations. Mais le législateur allemand n'exige pas que la cohabitation ait été suivie de grossesse. Le droit est accordé largement à toute femme qui a eu avec un homme des relations hors mariage ou s'est compromise avec lui. Au contraire, se montrant plus restrictif sur ce point, le législateur suisse, dans l'article 318, ne s'adresse qu'aux mères naturelles : « Une somme d'argent peut être allouée, à titre de réparation morale (*als Genugtùung*) à la mère, lorsque le « défendeur lui avait promis le mariage, lorsque la cohabitation a été un acte criminel ou un abus d'autorité, « ou lorsque la demanderesse était encore mineure à l'époque de la cohabitation ». Nous reconnaissons dans cette

énumération des cas dans lesquels l'action en recherche de paternité prend le caractère d'une action en déclaration de paternité avec conséquences d'état civil (Zusprechung mit Standesfolge), art. 323 C. C. S. (1). Cependant, une hypothèse nouvelle est prévue : celle de la minorité de la mère (qui n'a pas atteint l'âge de vingt ans) (art. 14). Il va de soi que la minorité de la mère ne constitue pas un titre suffisant pour fonder son droit ; il faut qu'il soit bien établi que le séducteur a abusé du jeune âge et de l'inexpérience de la mère (2). Toutefois, il ne semble pas qu'on puisse admettre, comme cause valable d'excuse, l'allégation par le père qu'il ignorait l'état de minorité de la jeune fille : le dommage subi par celle-ci est toujours aussi grave (3). Toutes ces questions sont, d'ailleurs, soumises à la libre appréciation du juge (4).

Ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, les conditions d'application de cette seconde action, accordée à la mère et basée sur le principe général de la *responsabilité*, sont plus rigoureuses que celles de l'action spéciale en remboursement des frais de gésine. Pour que la mère puisse obtenir réparation du dommage moral qui lui a été causé, il faut qu'elle prouve avoir été *contrainte* à la cohabitation par violence ou par ruse. Si elle s'est volontairement livrée au père, elle ne peut être admise à se plaindre d'un préjudice qu'elle s'est elle-même infligé. Tandis que l'exercice de l'action spéciale en frais de gésine est indépendant de toute idée de faute du père, et que, par l'effet d'une présomption *juris et de jure*, le dommage subi par la mère est toujours présumé existant, au contraire la demanderesse, pour triompher dans cette seconde action,

(1) Les conditions d'application de l'art. 318 du C. C. S. sont identiques à celles de l'art. 323. Voy. nos développements sur ce point, I^{re} partie, chap. I et IV.

(2) Egger, ad art. 318, note 2 *e.* — Mohr, *op. cit.*, p. 107-108.

(3) Mohr, *eod. loc.*

(4) L'âge du père est indifférent. Cependant, le juge peut tenir compte de ce fait, que le jeune homme était à peine nubile, tandis que la demanderesse était plus âgée que lui. Il est d'ailleurs libre de réduire la somme qu'il alloue à la mère, si celle-ci lui apparaît avoir commis quelque faute. Curti Forrer, ad art. 318, notes 8, 9, 10.

doit prouver que le père a commis une *faute* qui engage sa responsabilité ; elle doit également établir la réalité du préjudice moral qui lui a été causé. Ce déplacement du fardeau de la preuve constitue l'une des principales différences, qui distinguent les deux actions accordées à la mère naturelle. De même, la mère naturelle possède une sorte de droit légal à l'obtention de l'indemnité pour frais de couches ; dès que la paternité est établie, le juge doit satisfaire à la demande de la mère ; la condamnation du défendeur au paiement de dommages-intérêts envers la mère est une conséquence logique et nécessaire de la déclaration de paternité. Par contre, aucune obligation n'est imposée au juge d'accorder à la mère naturelle réparation du préjudice moral qui lui a été causé : il jouit, dans ce cas, du plus large pouvoir d'appréciation. Cette indemnité ne peut être allouée que dans certaines circonstances déterminées ; et même, dans ces hypothèses spéciales, elle n'a *rien d'obligatoire*. Le juge doit tenir compte de tous les faits de la cause ; il proportionne l'importance de l'indemnité qu'il alloue à la gravité du dommage subi et aussi au degré de responsabilité de la mère. La valeur de cette indemnité peut donc varier à l'infini, selon les espèces.

Cette action, spécialement adaptée par les législateurs allemand et suisse à la matière de la filiation naturelle, présente l'inconvénient d'être prescrite dans un laps de temps très court : c'est, en effet, la prescription spéciale aux actions nées d'actes illicites qui s'applique en ce cas (un an en Suisse, art. 60 du Code des oblig. révisé ; trois ans en Allemagne, art. 852, al. 1 du C. C. all.). La question, toujours très délicate de la transmissibilité active et passive des actions donne lieu en cette matière à certaines difficultés graves. En effet, cette action présente un caractère délictuel ; et, à ce titre, elle doit être rigoureusement personnel. Du côté actif, elle est destinée à réparer un préjudice moral qui a été exclusivement ressenti par la victime ; du côté passif, elle suppose l'existence d'une faute dont l'auteur seul doit être rendu responsable. Aussi le Code civil allemand dispose-t-il que l'action est intransmissible (*nicht übertragbar*) ; elle ne passe pas aux héri-

tiers, à moins que le droit n'ait été reconnu par contrat (Vertrag) ou qu'il n'y ait litispendance (rechtshängig) (1). L'obligation du père devient, en effet, dans le premier cas, contractuel ; quant à la seconde exception, elle est conforme à ce principe général que les héritiers peuvent suivre l'action commencée ; celle-ci perd alors son caractère personnel. La jurisprudence fédérale confirme ces solutions (2).



Sur tous ces points, les législations latines se montrent beaucoup moins protectrices des droits de la mère naturelle. Elles ne connaissent pas l'action spéciale en remboursement des frais de gésine ; elles n'accordent pas davantage, du moins d'une manière expresse (3), le droit à la fille-mère de demander réparation du préjudice moral résultant de la grossesse et de l'accouchement. C'est la jurisprudence qui, par une initiative hardie, s'est substituée au législateur et a fait à cette matière une application très libérale des principes de l'article 1382 du Code civil français. Cette jurisprudence, dont nous avons déjà retracé les

(1) Art. 1300 C. civ. all.

(2) Trib. fédéral, arrêt du 13 juin 1902. *Semaine judiciaire*, 1903, p. 337. — Conf. Peyer, *op. cit.*, p. 154.

(3) Cependant, le projet italien Scialoja dispose dans son art. 10, que « la femme séduite à la suite d'une promesse de mariage ou « par l'effet d'artifices ou de ruses, ou par abus d'autorité, de con- « fiance ou de relations domestiques, peut agir en dommages- « intérêts contre le séducteur. Cette action est prescrite cent jours « après celui où auront cessé les rapports ou les circonstances « qui ont déterminé la séduction, à moins que la femme n'ait « accouché d'un enfant conçu au cours de la séduction, auquel cas « le point de départ de cette action est fixé à la naissance de l'en- « fant. — L'action n'est pas recevable si, au temps de la séduction, « l'homme n'a pas atteint l'âge de dix-huit ans, ou si la femme « dépassé celui de 21 ans ». Cette dernière disposition qui rappelle certains articles des lois cantonales suisses, apporte une restriction abusive aux droits de la mère ; il faut de même blâmer l'adoption du délai restreint de cent jours ; les conditions d'exercice de l'action se trouveraient, de ce fait, considérablement aggravées.

grands traits (1), sait tenir compte, dans la fixation du montant de l'indemnité, à la fois du préjudice matériel et du préjudice moral subis par la fille mère. Celle-ci peut donc réclamer le remboursement de ses frais d'accouchement, de toutes les dépenses résultant de l'incapacité de travail ou d'une maladie contractée à la suite des couches, enfin la réparation du dommage matériel (perte de place, par exemple) et moral causé par la grossesse. Tous ces droits sont *implicitement* compris dans la demande de la mère, fondée sur l'article 1382 ; tous ces faits constituent les divers éléments du préjudice que les juges doivent apprécier, afin de déterminer avec équité le taux de l'indemnité due à la demanderesse. Ainsi donc se trouvent réunies et englobées, dans cette action unique et générale en dommages-intérêts, les deux actions spéciales, en frais de gésine et en réparation du tort moral, instituées par les législations germaniques. Mais cette confusion est plus préjudiciable qu'utile aux intérêts de la fille-mère. En effet, tandis que celle-ci est toujours assurée dans les pays germaniques, d'obtenir le remboursement de ses frais de couches, quand la filiation de son enfant est établie, elle ne peut, au contraire, dans les pays latins, faire triompher sa demande que si, conformément au droit commun, elle prouve l'existence d'une faute à la charge du défendeur. C'est à elle qu'incombe le fardeau de la preuve, alors que, dans le système germanique, elle jouit, au moins en ce qui concerne ses frais de couches, d'une présomption *juris et de jure*. Cette jurisprudence est donc singulièrement plus restrictive que les législations inspirées du droit allemand : celles-ci assurent, dans tous les cas, à la mère naturelle, la réparation du préjudice matériel résultant de l'accouchement ; la jurisprudence des pays latins ne s'adresse, en réalité, qu'aux seules filles séduites, victimes de manœuvres frauduleuses ; mais si aucun fait répréhensible, aucune faute ne peut être relevée contre le père, en particulier dans les cas où le jugement de paternité est fondé sur des faits tels que le concubinage, l'aveu, la pos-

(1) Voy. notre travail, pages 54 et suiv.

session d'état, la mère est privée du droit de réclamer au père aucune indemnité, ne fut-ce que pour ses frais de couches. En définitive, l'exercice de l'action en dommages-intérêts, par suite de l'application des règles du droit commun, se trouve limité au seul cas où la paternité résulte de faits de séduction dolosive, par manœuvres frauduleuses, promesse de mariage, abus d'autorité (1). Il importait d'insister sur cette différence considérable qui distingue, dans leur étendue et leurs conditions d'exercice, les droits accordés à la mère naturelle par la jurisprudence latine et les législations germaniques. C'est alors qu'on s'aperçoit de l'importance de la lacune que présente la loi française du 16 novembre 1912 ; le législateur a omis de compléter cette généreuse réforme par la création d'une action spéciale qui eût permis à la mère naturelle d'obtenir dans tous les cas, au moins le remboursement des frais occasionnés par la grossesse et l'accouchement. Sans doute, la fille-mère pourra, comme par le passé, intenter une action en dommages-intérêts contre son séducteur ; si la loi nouvelle est muette sur ce point, les travaux préparatoires, en maints endroits, reconnaissent et confirment ce droit de la mère (2). La jurisprudence pourra, en toute liberté,

(1) On relève cependant quelques décisions récentes, qui ont accordé des dommages-intérêts à la fille-mère, alors qu'aucun fait de séduction frauduleuse ne pouvait être relevé contre le défendeur : les juges ont considéré que ce dernier devait supporter les conséquences d'une faute qui lui était commune avec la mère. Il serait souhaitable que cette jurisprudence équitable se développât. Voy. Nîmes, 18 mars 1901, *Gaz. Pal.*, T. Q., 1902-07, V° *Promesse de mariage*, n° 25, S. 1902.2.206 ; Trib. civil Gray, 5 juin 1902, *Gaz. Pal.*, eod. loc., n° 21 ; Seine, 27 déc. 1904, *Gaz. Pal.*, eod. loc., n° 22, *Gaz. Trib.*, 1905.1.274 : cités par M. Brun dans son commentaire, p. 27, note 1.

(2) La proposition de loi, présentée par MM. Rivet et Béranger, le 28 janv. 1905, consacrait expressément ce droit de la mère de réclamer des dommages-intérêts, en se fondant sur l'art. 1382. — Voy. art. 5 proposition de la Commission sénatoriale et rapport Guillier, Sénat, 1908, n° 369, p. 41. — Cette disposition ne fut pas reproduite dans le texte définitif de la loi, pour cette double raison, à notre avis insuffisante, qu'elle paraissait superflue, la jurisprudence étant

rester fidèle à sa généreuse tradition. Cependant cette action est insuffisante ; la lacune subsiste, d'autant plus inexcusable que la solution idéale a été précédemment trouvée par le législateur belge, qui l'a formulée en ces termes : « Dans les cas prévus par l'article précédent, la mère a droit aux frais d'accouchement, ainsi qu'à son entretien pendant les quatre semaines qui suivent la délivrance, *sans préjudice aux dommages-intérêts qui peuvent lui être dus par l'application de l'article 1382* » (1).

*
**

Mais, si la survivance de la jurisprudence, fondée sur l'article 1382, ne donne pas toute satisfaction à la fille-mère, elle peut être, au contraire, des plus précieuses pour l'enfant naturel : la pratique, par un ingénieux détour, vient d'en révéler les bienfaits, quelque peu inattendus. En effet, devant certains tribunaux, la mère naturelle a introduit l'action sous cette *double* forme : sa première demande tend à faire déclarer la paternité du défendeur ; et *subsidiativement*, elle intente une action en dommages-intérêts pour faits de séduction (2). Or, nous avons vu que la juris-

très ferme et invariable sur ce point, et qu'elle alourdirait inutilement la loi relative à la recherche de la paternité naturelle. — Jeanneney, *J. Off., Sénat*, Séance du 10 juin 1910. — De même M. Viollette prend soin de faire remarquer, dans son rapport, que l'action en dommages-intérêts de la mère et celle de l'enfant sont distinctes, *parallèles* et indépendantes. — Rapport à la Chambre, 1911, p. 44.

(1) Art. 340 c (loi belge). — Cependant, il convient de remarquer que cette disposition ne renvoie qu'à l'art. 340 b (cas dans lesquels l'action de l'enfant a un caractère purement alimentaire), et non point à l'art. 340 a (cas dans lesquels l'action en recherche de paternité est une véritable action d'état). On ne parvient pas à saisir la raison de cette différence. Ainsi, le système hybride de la loi belge pose, à tout instant, d'insolubles questions.

(2) Voy. en particulier Autun, 13 mai 1913, *déjà cité* : l'action en recherche de paternité a été rejetée sous prétexte de rétroactivité ; quant à la demande subsidiaire en dommages-intérêts, elle n'a été repoussée que pour une raison d'espèce : la demanderesse

prudence n'hésitait pas à tenir compte, dans l'évaluation de l'indemnité due à la fille séduite, de la totalité du préjudice matériel causé par l'accouchement, et en particulier des charges nouvelles qui lui incombent du fait de l'entretien de l'enfant (1). Il en résulte que, si la demande principale de la mère en déclaration de paternité est repoussée, comme étant insuffisamment fondée, le tribunal peut parfaitement faire droit à la demande subsidiaire en dommages-intérêts, adressée au nom personnel de la mère, et absolument indépendante de la première. Si les faits ne lui paraissent pas suffisamment concluants, le juge peut hésiter à déclarer la paternité du défendeur, ce qui est toujours grave, tandis qu'il se décidera plus aisément à accorder à la fille-mère une indemnité pour frais de séduction. Ainsi, l'enfant naturel se trouvera indirectement secouru ; il n'acquerra pas les grands avantages que lui conférerait une déclaration de paternité avec conséquences d'état ; mais il obtiendra du moins, par l'intermédiaire de sa mère, les ressources indispensables à sa subsistance. Car il est solidaire avec sa mère, tant au point de vue matériel qu'au point de vue moral ; il souffre de sa détresse, de même qu'il profite, le cas échéant, des secours qui sont accordés à sa mère. Il y a là une conséquence très curieuse et très intéressante de la survivance de la jurisprudence fondée sur l'article 1382. En faisant droit à la demande personnelle de la mère, les juges ne violeront pas l'article 340 nouveau ; en effet, ce n'est pas en vertu de ce dernier texte, que la demande de la mère est accueillie, mais en vertu de l'article 1382. *Il ne s'agit pas de recherche de paternité*, l'action n'a pas pour but de faire déclarer un lien civil de paternité naturelle, mais uniquement d'obtenir le paiement d'une indemnité en réparation du préjudice résultant de l'accouchement. Les juges peuvent donc, en vertu de cette

avait déjà reçu 50,000 francs de son séducteur : cette indemnité parut largement suffisante. Cf. Dijon (Cour) ; Brioude, 11 juillet 1913, *Gaz. Pal.* 1913.2.320 ; Saint-Claude, 23 juillet 1913, *Gaz. Pal.* 1913.2.449 ; Dijon (Cour), 29 déc. 1913, *précité*.

(1) Voy. notre travail, pages 59, 60.

jurisprudence libérale que le législateur moderne a déclaré formellement vouloir maintenir en vigueur, continuer à rechercher l'auteur de la grossesse de la mère et des enfants dont elle est accouchée, dans le seul but d'accorder ici réparation du dommage subi. « Si en ce faisant, dit M. Rigaud, les juges se livrent par la force même « des choses à une recherche de paternité, cette recherche « de paternité n'est pas interdite, puisqu'elle ne peut pas, « lorsque l'action est basée uniquement sur l'article 1382, « aboutir à une véritable déclaration de paternité en faveur de l'enfant, avec des effets directs à son profit » (1). Ces deux actions sont *indépendantes*; l'une appartient à la *mère*, l'autre appartient à l'*enfant*; leurs *buts* sont différents, leurs *conditions d'exercice* doivent donc l'être également; la preuve des faits est moins rigoureuse dans un cas que dans l'autre; la conviction du juge est plus facile à entraîner. En particulier, l'action de la mère n'est pas enfermée dans les délais restreints, qui limitent l'exercice de l'action de l'enfant. Elle est recevable et peut être menée à bien, alors que l'action de l'enfant, à raison de l'expiration des délais impartis, est périmée (2).

Cette dernière conséquence, très intéressante, vient d'être mise en lumière par un jugement récent du tribunal de la Seine (3). Il ne s'agissait pas en l'espèce de la survivance de la jurisprudence fondée sur l'article 1382, mais de la jurisprudence analogue qui validait l'*engagement* pris par le père naturel de participer à l'entretien et à l'éducation

(1) Rigaud. *Revue du mouvement catholique*, 15 juillet 1913, p. 19.

(2) Il en est de même en Suisse, où l'action en dommages-intérêts, fondée sur l'art. 50 du C. oblig., analogue à notre article 1382, survit à la réforme réalisée par le C. C. suisse. Voy. *Bulletin* 1905, pp. 1190-1197. — *Blätter f. handelsrechtl. Entscheidungen H. E.* 18, p. 229. — Peyer, *op. cit.*, p. 22.

(3) Seine, 13 janvier 1914, *Gaz. Trib.*, 14 mars 1914. — Cf. Dijon, 29 déc. 1913, *précité*: par une demande subsidiaire, la demanderesse réclame le versement d'une somme de 150.000 francs en exécution des promesses faites par le père. Voy. Cour d'Aix, 5 avril 1913, *J. du Pal.* et S. 1913.2.313 et note Naquet.

de l'enfant. La demande de la mère avait un double objet : elle tendait d'abord à faire déclarer la paternité du défendeur, et aussi à le faire condamner à verser une somme mensuelle pour participation aux frais d'entretien et d'éducation, en vertu d'un engagement pris par le père de subvenir à ces frais. Or, le tribunal de la Seine a dû repousser la première demande, comme non recevable, parce qu'elle avait été introduite après l'expiration des deux années qui suivaient le concubinage, et la participation du père aux frais d'entretien de l'enfant. Mais la déchéance encourue de ce fait par la mère ne met pas obstacle à la prise en considération de la deuxième demande qui n'est soumise à aucun délai. Le tribunal de la Seine a donc très juridiquement, à notre avis, accueilli le deuxième chef de la demande, et validé l'engagement formel, résultant clairement des nombreuses lettres versées au débat, de subvenir à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. On peut appliquer à cette espèce le même raisonnement, que nous développons à propos du cas précédent. Il ne s'agit pas non plus, dans cette hypothèse, de recherche de paternité ; ce n'est pas l'article 340 nouveau qui est appliqué ; aucun lien de parenté n'est établi entre le père et l'enfant, la question de filiation n'est pas en jeu. On discute seulement la validité d'un engagement pris par un homme, qui se croit le père d'un enfant, de contribuer par l'envoi de subsides, à l'entretien et à l'éducation de ce dernier. Or une jurisprudence constante, qu'aucun texte de loi n'est venu condamner, ni restreindre, valide de tels engagements. « La loi du 16 novembre 1912, dit M. Naquet, n'a pu avoir pour effet, en « autorisant dans certains cas la recherche de la paternité, « de priver les enfants naturels du droit de demander des « aliments sans faire connaître préalablement leur filiation naturelle ; admettre cette théorie, ce serait à la fois « restreindre la portée de la loi nouvelle et lui donner « un effet rétroactif qu'elle n'a pas ; en effet, ceux qui ne « pourraient invoquer la loi nouvelle, parce que ne se « trouvant pas dans les conditions prévues par celle-ci, se « trouveraient privés de la faculté, que leur accordait « antérieurement la jurisprudence ; il peut même se pré-

« senter des cas, où un enfant a intérêt, *sans faire connaître sa filiation naturelle*, à ne réclamer que des aliments » (1).

Ainsi, soit qu'il ne puisse pas intenter l'action en recherche de paternité, à cause de l'expiration des délais impartis ou à cause de l'insuffisance de ses moyens de preuve, soit qu'il ne veuille pas le faire pour certaines raisons personnelles, l'enfant naturel conserve la faculté de réclamer, par l'intermédiaire de sa mère, les aliments indispensables à son entretien. Il évite de soulever la question toujours délicate et grave de la recherche de la paternité naturelle; et, s'il n'obtient pas les avantages étendus de la déclaration de paternité avec conséquences d'état, il a du moins l'assurance d'être immédiatement et efficacement secouru. En effet, l'objet de la demande étant moins important, la preuve devient nécessairement plus facile; les juges se montrent moins exigeants quand il s'agit d'une simple question de dommages-intérêts ou de pension alimentaire, que quand c'est la grave question de la filiation qui leur est posée.

Cette étude spéciale des droits de la mère naturelle nous a permis de constater, une fois de plus, la diversité des solutions données par les législations germaniques et par les législations latines aux questions si délicates, que soulève le problème de la filiation illégitime. Les premières ont surtout le souci de protéger, de secourir la *femme*; aussi connaissent-elles, outre l'action en recherche de paternité proprement dite, une multitude d'actions réservées à la mère, minutieusement réglementées, et destinées à lui assurer, dans la mesure la plus large possible, la réparation du préjudice total, matériel et moral, qui lui a été causé. Au contraire, dans les pays *latins*, le législateur a surtout en vue *l'enfant*; il lui reconnaît les droits les plus étendus; il croit avoir assez fait en lui accordant une action lui permettant d'établir sa filiation; l'intérêt personnel de la fille-mère n'attire pas spécialement son attention. Mais il s'est trouvé que précisément pour servir la cause de

(1) Naquet, note sous Aix, *précité*.

l'enfant, une jurisprudence aussi libérale qu'audacieuse, a su tourner, par un habile subterfuge, la règle de la prohibition de la recherche de la paternité. La mère a profité indirectement de ce mouvement de générosité, essentiellement dirigé en faveur de l'enfant ; le législateur a laissé intacte cette œuvre prétorienne. Il a seulement créé l'action personnelle de l'enfant ; mais comme, d'autre part, la jurisprudence peut continuer, comme par le passé, à accorder des dommages-intérêts à la fille séduite et à valider les engagements pris par le père d'entretenir l'enfant il en résulte dans la plupart des pays latins, que l'action jurisprudentielle de la mère et l'action légale de l'enfant font en quelque manière double emploi : il existe une sorte de *doublet juridique*. Le législateur a dégagé le droit de l'enfant, de celui de la mère ; mais le droit de la mère contenait déjà, implicitement, au moins dans ses conséquences purement pécuniaires, le droit de l'enfant.

CHAPITRE X

LES DIFFÉRENTES THÉORIES RELATIVES AU FONDEMENT JURIDIQUE DE L'ACTION EN RECHERCHE DE PATERNITÉ NATURELLE

Il nous paraît enfin indispensable, avant de conclure, de passer rapidement en revue les principales théories émises sur le fondement juridique de l'action en recherche de paternité. En effet toutes les solutions de détail dépendent de la théorie admise. Les règles relatives à la compétence du tribunal, à l'attribution et à la transmission de l'action, à l'admission des exceptions et moyens de défense, etc... varient, selon que l'on adopte tel ou tel point de vue.

Sans doute, le législateur ne se soucie pas d'ordinaire de construire des théories, ni même de les discuter ; ce n'est point là son rôle ; il est chargé d'édicter des dispositions de loi ; il n'a pas à en rechercher le fondement théorique. C'est à l'interprète, au juriste, qu'incombe le soin d'étudier ces solutions, et d'essayer de dégager de leur ensemble quelque idée générale, quelque théorie juridique. Ils ne créent pas cette base de toutes pièces, car elle préexiste nécessairement à l'œuvre qu'elle supporte ; mais elle n'est pas toujours nettement présentée par le législateur ; elle a besoin d'être révélée et mise en lumière.

Ce sont principalement les auteurs allemands, qui ont approfondi cette question ; leur ingéniosité a donné naissance à une foule de théories, dont quelques-unes sont de véritables monuments de subtilité juridique. Nous les exposerons brièvement, et nous insisterons plus longuement sur une théorie toute récente, qui consiste dans une adaptation adroite de la notion nouvelle de risque à la matière de la paternité naturelle ; elle mérite de retenir notre attention par son originalité et son actualité.



L'une des théories les plus célèbres, qui ait été émise relativement au fondement de l'obligation alimentaire du père naturel, est la théorie, connue en Allemagne sous le nom de « *Deliktstheorie* » (théorie du délit). Elle a été défendue, surtout autrefois par un grand nombre de juristes ; aussi, chaque auteur ayant mis sa marque spéciale, elle présente chez l'un ou chez l'autre certaines divergences de détail (1). Il est cependant possible de formuler, dans les termes suivants, le principe général sur lequel elle repose : L'obligation du père naturel naît d'un délit (*obligatio ex delicto*). Ce délit consiste dans le fait de la cohabitation hors mariage (*in der Thatsache der ausserehelichen Beiwohnung*). Or, quiconque se rend coupable d'un acte illicite doit réparation du préjudice qui en est résulté ; le père naturel doit donc être condamné à l'entretien de l'enfant né du délit.

Une des conséquences les plus curieuses de cette théorie, c'est l'exclusion de l'*exceptio plurium*. En effet, si plusieurs hommes ont commis le délit de cohabitation avec la mère pendant la période critique, aucun d'eux ne saurait profiter de cette circonstance, aucun ne peut opposer à l'autre la faute de son complice : tous les coauteurs d'un acte illicite sont solidairement responsables du préjudice causé. Et d'autre part, comment distinguer parmi eux le père véritable ? Telle est la suite logique de ce système, et certains auteurs sont allés jusque là (2) : ils voient même

(1) Les principaux auteurs qui ont défendu cette théorie sont : Glück. *Ausführlichen Erörterungen der Pandekten nach Hellfeld*, p. 197. — Bülow. *Abhandlungen über einzelne Materien des römischen bürgerlichen Rechts*, p. 71. — Quistorp. *Grundsätze des peinlichen Rechts*, § 482. — Meister. *Praktischen Bemerkungen*, p. 110. — Puchta. *Pandekten*, § 316. — Kämmerer, dans *Themis von Elvers*, II, p. 225. — Duntze, *Arch. für die civilistische Praxis* XII, p. 130.

(2) Glück, *op. cit.*, p. 198. — Meister, *op. cit.* — Bülow, *op. cit.* — Ihering. *Verhandlungen des dritten deutschen Juristentages*, p. 228.

une aggravation de la faute dans le fait, que chaque concubin a contribué à rendre impossible la détermination de la véritable filiation paternelle de l'enfant.

La théorie du délit, qui eût jadis un grand succès, ne paraît guère soutenable à l'heure actuelle (1). Elle s'harmonisait assez bien avec le droit du Moyen Age, qui, sous l'influence des idées chrétiennes, considérait la cohabitation hors mariage comme un délit, et la punissait parfois de peines sévères (emprisonnement, amendes). Cependant, il convient de remarquer que la peine publique était la seule sanction de l'acte illicite ; aucune obligation civile n'en découlait. Au reste, cette pénalité dont l'application était indépendante du fait de la naissance d'un enfant, frappait également l'homme et la femme, coupables d'avoir entretenu des relations intimes hors mariage. Il en résulte qu'il faudrait aussi admettre la théorie du délit, en ce qui concerne les rapports de la mère et de l'enfant naturel. Or, qui donc peut soutenir que l'obligation de la mère et des parents maternels prend sa source dans un délit.

Et puis, les auteurs, qui défendent cette théorie, sont fort embarrassés, quand il s'agit de déterminer la personne, contre laquelle le délit a été commis. Est-ce au préjudice de la mère ? Mais alors, sauf dans les cas où il y a eu emploi de la violence, de la ruse ou du dol, la mère ne peut être admise à demander réparation d'un dommage, qu'elle a volontairement subi ; elle ne peut se plaindre des conséquences préjudiciables, qu'a entraînées pour elle un acte, auquel elle a participé de son plein gré ; s'il y a eu délit, elle est complice du père. *Volenti non fit injuria*. Mais d'autres soutiennent que le délit a été commis envers l'enfant. Cette dernière attitude apparaît comme absolument injustifiable. Comment pourrait-on causer un dommage à une personne qui n'existe pas encore, à un enfant qui n'est pas encore conçu ? De plus, on cherche en vain la nature

(1) Sur la critique de la théorie du délit. Voy. Pilet, *op. cit.*, p. 19 seq. — Opet, *op. cit.*, § 37, p. 379. — Mohr, *op. cit.*, p. 45. — Peyer, *op. cit.*, p. 41. — Schneider et Fick, *Commentaire du C. obl.*, p. 121. — Rossel, *Manuel du C. fédéral des obligations*, p. 105.

du préjudice souffert par l'enfant. Faut-il voir un dommage dans le fait de donner la vie à quelqu'un ? (1) Mais, c'est une doctrine de pessimisme et d'anéantissement de l'être, directement inspirée de Schopenhauer ! On peut avec M. Mentha, l'éminent juriste suisse, résumer, dans la forme d'un syllogisme, les critiques qu'il convient d'adresser sur ce point à la théorie du délit : « Le père d'un enfant ne
« lui cause aucun dommage par l'acte qui lui donne la vie.
« Pour subir un dommage, il faut avoir commencé d'être ;
« mais commencer d'être n'est point un dommage » (2). Enfin, à ceux qui viennent prétendre que le délit a été commis contre la société, contre le bon ordre et les bonnes mœurs, il suffit de faire remarquer, que la réparation ne serait pas accordée à la véritable victime : l'obligation alimentaire, dont est tenu le père ne concerne que l'enfant (3).

Enfin, nous avons remarqué, maintes fois, au cours de cette étude, que l'action en recherche de paternité avait un caractère purement civil. Les législations modernes ne frappent plus de pénalités la cohabitation hors mariage, sauf dans des cas exceptionnels, où le commerce sexuel se colore d'actes dolosifs ou immoraux, tels que la séduction frauduleuse, l'adultère et l'inceste. Ces peines s'appliquent d'ailleurs, alors même qu'aucun enfant n'est issu de ces relations. Ainsi, le droit moderne a abandonné le point de vue délictuel ; il ne peut plus se satisfaire de la théorie du délit, qui repose sur un fondement erroné, et renferme d'insolubles contradictions. Ce système paraît d'ailleurs être complètement aujourd'hui abandonné en législation, en doctrine et en jurisprudence (4).

(1) Voy. Roux, *op. cit.*, p. 68. — Nagorski, *op. cit.*, p. 120, note 5. — Buengner, *op. cit.*, p. 72. — Brinz. *Pandekten* II, p. 779.

(2) Mentha in *Zeitschrift für schweiz Recht*. Nouv. S. VII, 575.

(3) *Seufferts Civilgerichtspraxis*, Nouv. S. vol. 27.

(4) On ne trouve plus au XIX^e siècle que de très rares législations qui soient restées fidèles à la théorie du délit. Il faut cependant noter le Landrecht bavarois I, 4, § 7, § 9, les législations cantonales de Schwyz, Uri, Nidwad, Obwald, Appenzell (Rh. Int. et Rh. Ext.), Zoug. (Voy. Huber, *op. cit.*, I, p. 491 et suiv.), la loi fribourgeoise

Il convient cependant de dire quelques mots d'une théorie très voisine de la théorie du délit : elle a été émise dans ses « Pandectes » par un auteur allemand moderne, Windscheid : aussi porte-t-elle son nom (*Theorie Windscheids*) (1). Cet auteur pose, comme première base que, du seul fait de la cohabitation, on ne saurait conclure avec certitude à la paternité d'un homme ; et cependant la loi le fait. Et d'autre part, tout acte peut être considéré comme un délit, que la loi prohibe, à seule fin d'attacher des effets de droit à la violation de cette prohibition « Ubertretung des Verbotes ». Mais, dit-on, comment peut-il se faire que le concubin, qui est seulement le père possible, soit tenu comme le père véritable ? D'où vient que la simple possibilité est assimilée à la réalité ? C'est précisément parce que le père, ayant enfreint la défense qui lui est faite de cohabiter hors mariage avec la mère, a commis de ce fait un délit, dont il doit supporter toutes les conséquences. Ainsi, nous retombons dans la théorie du délit ; et par suite, toutes les objections que nous avons soulevées con-

du 23 mai 1871, art. 6, où l'action en recherche de paternité a le caractère d'une action en dommages-intérêts. Enfin, il convient de remarquer que la jurisprudence, fondée sur l'article 1382 du C. civ. fr. et 50 du C. fédér. des obligat., reconnaissait à l'action de la mère un caractère délictuel ; elle se proposait de faire obtenir à la demanderesse réparation du préjudice résultant pour elle de la séduction dolosive : il ne s'agit pas sans doute d'un délit pénal, mais d'un délit civil.

Les représentants actuels de cette théorie sont très rares ; on ne peut citer que Kuhlenbeck. *Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3^e part. p. 148. — Anton Menger. *Das. B. G. B. und die besitzlosen Volksklassen*, p. 87. — Zürcher, *Bulletin* 1905, p. 829 ; cf. *Zeitschrift für schweiz. Recht*. Nouv. S. VII, 611. — Par contre, un plus grand nombre d'auteurs continuent à donner un fondement délictuel à l'action personnelle de la mère en dommages-intérêts. Jost Weber. *Die Rechte der unehelichen Geburt in der Schweiz*, p. 33. — Mentha. *La Recherche de la paternité*, p. 8.

(1) Windscheid. *Lehrbuch des Pand. Rechtes* VIII, 3^e édit. § 475, 1002, n. 18. — Voy. Auerbach. *Verhandlungen des 3. deutsch. Juristentages*, p. 261. — Emminghaus a présenté une bonne critique de cette théorie dans *Archiv. für praktische Rechtswissenschaft*, VII, p. 180.

tre elle, valent également contre la théorie de Windscheid. On a fait de plus remarquer (1), fort justement, que son argumentation reposait sur un cercle vicieux ; d'une part, on conclut du fait que la loi impose certaines obligations à l'auteur d'un acte, que cet acte est prohibé, que la violation de cette prohibition constitue un délit ; et d'autre part, on déduit du fait, que tel acte est un délit, cette conséquence que l'auteur doit en supporter toutes les suites. On revient ainsi au point de départ.

On peut mentionner également une théorie très originale, proposée par *Gimmerthal* (2). D'après cet auteur, l'obligation du père naturel trouve son fondement dans un acte de volonté de celui-ci. Tout homme, qui entretient des rapports intimes avec une femme, sait parfaitement quelles conséquences peuvent résulter de ces relations, et à quels dangers il s'expose. Il sait aussi que, pendant la période légale de la conception, la mère a pu avoir commerce avec d'autres hommes, desquels l'enfant peut avoir été conçu. Il connaît tous ces périls, et cependant il les néglige, il commet l'acte sexuel ; et par conséquent il en assume toutes les conséquences. Mais ainsi il agit étourdiment, il s'en remet au hasard, il commet donc une faute lourde, culpa lata, dont il doit être rendu responsable. Selon l'ingénieuse comparaison de Gimmerthal « in den brennenden Augenblicken ist ihm der coitus hinsichtlich seiner Gefahren nicht mehr als ein Würfelspiel um ein Geringes, oder als ein Wagnis, dessen Chancen er sich in der Hoffnung, dass sie günstig für ihn aus fallen werden, fügt ». Ainsi, cet auteur croit trouver le fondement de l'obligation du père naturel dans une faute lourde, dont celui-ci se rend coupable, en s'exposant sciemment aux risques et périls de la cohabitation hors mariage. Gimmerthal voit donc dans l'acte du père un véritable *quasi con-*

(1) Mohr, *op. cit.*, p. 45.

(2) Gimmerthal. *Der menschliche Wille als Quelle aller obligatorischen Verbindlichkeiten und insbesondere dessen Bedeutung für die Ernährungspflicht des Konkubenten bei der ausserehelichen Schwängerung.*

trat. « Indem der Beischläfer trotz seiner lediglich nur
 « auf die Befriedigung seiner eigenen Sinnenlust gerich-
 « teten Absicht durch die wirkliche Vornahme des riskier-
 « ten Beischlafes, also durch eine einseitige erlaubte reale
 « Willensäußerung den ihm bewusst gewesen möglichen
 « Folgen, das heisst, pecuniären Nachteilen einer Kindes-
 « erzeugung innerhalb der Conceptionszeit, mag das Kind
 « von ihm selbst oder von einem Anderen herrühren, no-
 « lens, volens, unterworfen wird » (1).

Il apparaît dès l'abord que cette théorie est absolument factice, et ne peut satisfaire l'esprit. L'argumentation juridique, trop habilement machinée, sur laquelle elle repose, ne correspond à rien de réel. Peut-on vraiment trouver dans l'attitude du père les éléments d'une *culpa lata* ? Tout au plus, a-t-il fait preuve de quelque négligence et de quelque légèreté. Mais surtout n'est-il pas invraisemblable et ridicule de supposer, qu'à l'instant même où l'homme est entraîné par une irrésistible passion, il conserve assez de présence d'esprit « kühle Überlegung », pour s'engager à supporter toutes les conséquences de son acte ! Les juristes sont parfois bien mal inspirés, quand ils veulent enfermer la réalité de la vie, dans les cadres étroits de leurs théories subtiles et de leur froide logique !

Tandis que les théories précédentes considéraient surtout le fait de la cohabitation hors mariage, d'autres auteurs ont envisagé principalement l'acte de la procréation (*Thatsache der Zeugung*) (2). Ils ont pris cet acte en lui-même, indépendamment de toute idée de parenté, et ils l'ont cru susceptible à lui seul de créer une obligation civile « obliegierende Begebenheit ». Les auteurs qui sou-

(1) Gimmerthal, *op. cit.*, p. 40. Cet auteur admet également la responsabilité collective de tous les concubins, chacun n'ayant contracté que pour lui-même.

(2) Von Schröter, *Zeitschrift für Civilrecht und Prozess* V, p. 303 et suiv. — Schömann, *eod. loc.* Nouv. S. I. p. 117. — Busch dans *Archiv für die civilist. Praxis*, XXIII, p. 227 ; cf. *eod. loc.* XLVI, p. 218. — Buttel dans *Oldenburg, Archiv*, I, p. 66. — La responsabilité collective de tous les concubins est aussi la conséquence logique de cette théorie. V. Pilet, *op. cit.*, pp. 50, 51.

tiennent cette théorie ne la justifient pas davantage. Ils se contentent d'invoquer à leur appui quelques arguments tirés du droit romain sur le fondement de la parenté. La parenté, disent-ils, n'est pas un rapport de fait, mais un rapport de droit. Elle ne repose pas sur le lien naturel résultant de la communauté du sang (p. ex. l'adoption), mais elle tire son véritable caractère de ce fait qu'elle est sanctionnée par le droit, et que des effets juridiques lui sont reconnus par la loi. Ainsi, il peut y avoir parenté, sans qu'il y ait communauté du sang : c'est le cas pour l'adoption ; et inversement, il peut exister un lien naturel de consanguinité entre certaines personnes, sans que celles-ci soient parentes au sens juridique du mot : ainsi le père et l'enfant naturel en droit allemand. Nous reconnaissons dans ces termes la célèbre distinction du droit romain entre la parenté civile et la parenté naturelle ; mais nous savons aussi qu'elle ne présente plus aujourd'hui qu'un intérêt historique. Aucun système moderne ne saurait trouver en elle son fondement (1).

D'ailleurs, comme on l'a justement fait remarquer, les partisans de la théorie de l'acte de procréation n'en déduisent pas toutes les conséquences logiques. Ils restent à mi chemin « *auf halbem Wege* » (2). Ils condamnent l'homme, qui a cohabité avec la mère, à subvenir aux frais d'entretien de l'enfant, parce que, disent-ils, c'est lui l'auteur, le « procréateur » « *Erzeuger* » de l'enfant. Mais pourquoi ne pas appeler les choses par leur nom ? Pourquoi distinguer entre le « procréateur » et le « père » ? Si vraiment le défendeur a engendré l'enfant, c'est qu'il en est le père. Cette théorie repose en définitive sur une équivoque ; et l'on y joue sur les mots. « *Wenn man sich von mehre-* » ren Seiten in der Auffassung gefallen hat, es sei hier gar

(1) Critiques par Buengner, *Zur Theorie und Praxis der Alimentationspflicht mit Berücksichtigung particulärer Rechte*, p. 76. — Unger, *Verhandlungen des 3 deutschen Juristentages*, vol. II, p. 222. — Heerwart dans *Archiv für die civilist. Praxis*, XIV, p. 435, XVII, p. 77. — Voy. sur une longue discussion de droit romain, qui s'est greffée sur cette théorie Pilet, *op. cit.*, p. 32, 33.

(2) Mohr, *op. cit.*, p. 47.

« nicht die Paternität, sondern es sei die Erzeugung der
 « eigentliche Grund der Obligation, so hat man sich da
 « in einer Art Täuschung befunden ; denn was ist Erzeu-
 « gung anderes als eben jener Grund für die Vaterschaft.
 « Wir nennen ja *den Erzeuger den Vater und den Vater*
 « *den Erzeuger* » (1).

Aussi, la plupart des auteurs modernes ne s'embarrassent plus de ces vaines subtilités. Ils ne donnent pas à l'obligation alimentaire du père naturel, d'autre fondement que le *rapport de parenté*, qui existe entre le père et son enfant (2). Le père naturel est tenu de subvenir aux frais d'entretien de l'être qu'il a engendré, qu'il a appelé à la vie, de même que le père légitime doit élever et nourrir l'enfant issu du mariage. Dans les deux cas, il existe un devoir moral d'assistance, que le législateur a transformé en une obligation légale. La nature, la morale et le droit, s'unissent en cette circonstance, pour imposer au père l'accomplissement du devoir le plus sacré. Il n'y a pas de distinction à faire, sous ce rapport, entre les enfants légitimes et les enfants naturels. Les uns et les autres doivent pouvoir également réclamer des aliments à leur auteur. On ne saurait tirer argument de ce fait, que la loi établit une différence de traitement entre les enfants na-

(1) Unger, *loc. cit.*

(2) La grande majorité des auteurs modernes se rallient à cette théorie : Heerwart dans *Arch. für civilist. Praxis*, XIV, p. 446. — Sintenis. *Das praktische gemeine Recht*, III, p. 100, note 40. — Preuschen. *Zeitschrift für Civilrecht und Prozess*, IV, p. 139. — Fabricius. *Über Erziehung und Verpflegung unehelichen Kinder* dans *Jahrbuch des gem. deutsch. Rechts von Becker Mutter*, VI, p. 305 seq. — Emminghaus, dans *Arch. für praktische Rechtswissenschaft*, VIII, p. 184. — Roth. *System des deutschen Privatrechtes*, II, p. 369. — Stobbe. *Handbuch des deutschen Privatrechtes*, IV, p. 413. — Buengner, *op. cit.*, p. 77. — Engelmann dans *Seufferts Blätter für Rechtsanwendung*, LXIII, p. 40 seq. — Vangerow *Pandekten*, III, p. 73. — Martin dans *Arch. für praktische Rechtswissenschaft*, Nouv. S. p. 247. — Dernburg, IV § 88, p. 282. — Crome, IV, § 617, p. 552 et note 7. — Opet, *op. cit.*, § 37, p. 380. — Brinz. *Pandekten*, vol. III, p. 779. — Planck, IV, p. 575, note 3. — Peyer, *op. cit.*, p. 44. — Mohr, *op. cit.*, p. 48, 49. — Pilet, *op. cit.*, p. 41, 42.

turels, et ceux qui sont issus du mariage. Si l'inégalité est rompue au profit de ces derniers, ce n'est point parce que leur filiation est plus sûrement établie, il faut en chercher la raison dans des considérations d'ordre social. Par faveur pour le mariage, afin de lui conserver sa primauté et sa dignité, le législateur a dû réserver ostensiblement ses faveurs pour les enfants, nés de l'union légale : il les dispense du soin d'établir leur filiation, il leur confère les droits de succession les plus étendus. Il espère ainsi, en accordant à leurs enfants de si précieux avantages, engager les parents à accepter les liens du mariage, de même qu'en plaçant les enfants naturels dans une situation inférieure, il compte détourner les parents de la pensée, qu'ils pourraient concevoir, de se soustraire à l'obéissance des lois. Mais ces dispositions ne sauraient rien changer aux rapports naturels, qui lient le père à son enfant. Ils restent les mêmes, quelle que soit la nature de la filiation. Comme le dit un auteur suisse, aucun enfant n'est illégitime par nature, il ne l'est que par la loi « Niemand ist unecht von Natur, sondern nur durch die Gesetze » (1). Indépendamment de toute disposition légale, le père a le devoir moral d'élever et de nourrir les enfants, auxquels il impose la vie, qu'ils soient légitimes ou illégitimes. Aussi, le législateur moderne applique-t-il, à l'action en recherche de la paternité naturelle, les dispositions légales relatives au droit de la famille, car cette action — et c'est là la quintessence de la théorie de la parenté — trouve son fondement dans des rapports de famille.

Telle est bien la position adoptée par les législations modernes sur cette question. Cette conclusion ne saurait faire aucun doute dans les pays se rattachant au groupe latin. L'enfant naturel acquiert non seulement le droit de réclamer des aliments, mais encore il est appelé à la succession du père, il porte son nom, il est soumis à sa puissance ; les devoirs des parents envers leurs enfants sont les mêmes, que ceux-ci soient légitimes ou illégitimes. On ne saurait lier par des rapports aussi étroits le défendeur à

(1) Mohr, *op. cit.*, p. 48.

l'action en paternité et l'enfant, si l'on n'était pas assuré de se trouver en face du véritable père. Les législations latines ne se montrent si rigoureuses relativement à la preuve de la paternité, qu'à précisément parce qu'elles veulent découvrir l'auteur véritable et certain de l'enfant (1).

*
**

Enfin, on ne saurait passer sous silence une théorie, tout récemment émise, séduisante par son originalité et par le talent avec lequel elle est défendue. Elle se caractérise essentiellement par une très curieuse adaptation de l'idée du risque à la matière de la recherche de la paternité naturelle. On sait, en effet, que dans les lois relatives à la responsabilité des chefs d'industrie, la notion de faute a été peu à peu remplacée par la notion de risque. L'ouvrier, victime d'un accident du travail, n'est pas tenu de prouver, pour obtenir une indemnité, que cet accident est dû à la faute du patron, ainsi qu'il devait le faire, lorsque son action était basée sur l'article 1382 du C. civil. Le patron, par le fait même qu'il met en mouvement des machines dangereuses, et expose les ouvriers à des accidents, crée un risque, et doit en supporter toutes les conséquences. On n'a pas à rechercher, s'il est personnellement la cause de l'accident, si quelque faute peut lui être reprochée : la

(1) On peut cependant relever dans le rapport de M. Viollette quelques passages équivoques « ... la nature de l'action en recherche de paternité qui va se situer aux *confins du droit civil et du droit pénal* ; ... elle établit ce que l'on pourrait appeler le « *délit civil*... La *faute* du père, principe de l'instance... ». Rapport à la Chambre, 1911, p. 21. — M. Viollette a certainement songé, en écrivant ces lignes, à la disposition de la loi prévoyant des pénalités contre le demandeur de mauvaise foi ; mais cette sanction exceptionnelle ne modifie en rien la nature de l'action. Il est à peine besoin de faire remarquer que l'exercice de l'action en recherche de paternité est absolument indépendant de toute idée de faute du père (p. ex. aveu, possession d'état, concubinage) ; de plus, l'action est passivement transmissible contre les héritiers du père. Le rapporteur a commis une inexplicable confusion entre l'action de l'enfant et l'action en dommages-intérêts de la mère, qui repose sur la théorie du délit.

question n'est pas là ; il est responsable comme patron, comme créateur du risque.

C'est de cette théorie nouvelle, que certains juristes ont voulu faire application à la recherche de la paternité naturelle. Ces auteurs se déclarent frappés par l'analogie qui existe entre le cas d'accidents du travail et le cas de recherche de paternité — ou plutôt, selon leur propre expression — le cas des « accidents de l'amour ». Dans les deux hypothèses, il y a création d'un *risque*, risque de paternité, résultant de la cohabitation, risque du travail, résultant des accidents de l'industrie. De même, il y a *doute* sur le fait de la preuve : il est aussi difficile d'attribuer avec certitude telle paternité à tel homme, que de trouver la cause réelle d'un accident industriel. Il n'est donc pas besoin de prouver la paternité du défendeur, pas plus qu'il n'est besoin d'établir, dans les accidents du travail, dans les abordages, dans les émeutes, quelle personne a provoqué le sinistre ou a manqué au devoir de combattre les émeutiers. Il suffit de démontrer, que le défendeur, en cohabitant avec la mère, s'est exposé à être le père de l'enfant, a couru le risque de paternité. Le juge ne peut pas et ne doit pas proclamer la paternité du défendeur, de même qu'il ne doit pas dire, que le patron est l'auteur de la faute. L'un et l'autre ont couru un risque ; qu'ils en assument la responsabilité.

On ne saurait présenter la théorie du risque de paternité sous une forme plus saisissante, qu'en citant ce passage d'un rapport, où M. Mentha fit de cette doctrine un lumineux exposé : « Lorsque des forces particulièrement
« dangereuses sont mises en jeu, dit-il, les accidents, sur-
« venus dans le champ d'activité de ces forces sont con-
« sidérés comme causés par elles, sans qu'il soit nécessaire
« de prouver un rapport de cause à effet entre ces forces
« et l'accident ; et celui qui met en jeu ces forces là est
« responsable des accidents survenus dans leur champ
« d'activité, ipso jure, à moins qu'il ne dégage lui, défen-
« deur, sa responsabilité, par une preuve stricte et posi-
« tive.

« Eh bien ! dans l'acte sexuel, l'homme met en jeu la

« force la plus puissante de la nature organisée : il met
« en jeu la vie même, et son acte peut avoir pour consé-
« quence immédiate la naissance d'un être humain. Or,
« comme on ne saurait exiger la preuve stricte de la cau-
« salité d'un acte sexuel, rien n'est plus simple ni plus
« juste que de remplacer la preuve de cette causalité par
« le risque général de ces actes.

« La loi peut ainsi, sans créer aucune notion nouvelle,
« par une application très simple de principes qui nous
« sont aujourd'hui familiers, permettre à l'enfant de dire
« à l'homme qui a eu des relations avec sa mère dans
« l'intervalle de la conception : Je ne peux pas établir que
« vous êtes mon père, mais j'ai établi que vous avez fait
« tout ce qui est en vous pour l'être ; vos œuvres ont été
« telles, qu'il est possible que j'en sois le fruit ; consé-
« quemment, j'exige que vous me fournissiez des ali-
« ments » (1).

D'après cette théorie, le seul rapport, qui puisse être établi entre le « père possible » et l'enfant, se réduit à une simple créance d'aliments au profit de ce dernier. En particulier, aucun empêchement au mariage ne peut résulter du jugement, puisque celui-ci ne tranche pas la question de filiation. Le juge commettrait un excès de pouvoir en déclarant la paternité du défendeur, et, ne la déclarant pas, il ne saurait prohiber le mariage entre personnes qui sont peut-être parentes, mais qui peuvent aussi ne l'être pas (2). De même, avec la théorie du risque, la distinction des enfants naturels simples et des enfants adultérins et incestueux ne présente plus aucun sens. Car, pour les mêmes raisons, on ne peut jamais connaître la nature de la filiation de l'enfant. Il est possible qu'il soit adultérin, comme il est possible qu'il ne le soit pas. On ne peut jamais aller jusqu'à l'affirmation de la paternité (3).

Mais la conséquence la plus étrange de ce système, c'est

(1) Rapport présenté à la Société suisse de Juristes à Neuchâtel, 1^{er} octobre 1888, pp. 12, 13.

(2) Picard. Sénat belge, 1907, n° 167, p. 172.

(3) Picard. Sénat belge, 1907, n° 188, p. 185.

qu'il est *inconciliable* avec l'admission de l'*exceptio plurium*. « La polyandrie de la mère n'est assurément pas par elle-même un motif suffisant pour faire écarter la demande de l'enfant » (1). Et en effet, qu'importe que plusieurs hommes aient fréquenté la mère pendant la période critique ? Ils ont tous couru le risque de paternité, et voilà tout. Ils doivent en être solidairement responsables. L'enfant ne peut déterminer quel est son véritable père, parmi les nombreux amants de sa mère ; il ne saurait souffrir de l'indignité de celle-ci ; ses besoins et ses droits restent les mêmes. D'autre part, si la paternité est indivisible, la responsabilité pécuniaire, au contraire, peut facilement être répartie entre les concubins. Sans doute, un seul parmi ceux-ci est le père véritable, mais lequel est-ce ? L'enfant n'a pas à le démontrer, les concubins sont dans l'impossibilité de rapporter cette preuve. Ils se sont tous exposés à être le père de l'enfant : chacun est, à un titre égal, « le père possible ». Le risque de paternité incombe solidairement à tous les amants de la mère, de même que le risque professionnel à tous les copropriétaires d'un établissement industriel, le risque d'incendie à tous les locataires d'une maison, le risque d'abordage à tous les armateurs, en cas de collision multiple. Tel est l'aboutissant logique et nécessaire de la théorie du risque adaptée à la recherche de la paternité (2).

Cette théorie, dont on pourrait déjà trouver quelques traces en Allemagne chez Gimmerthal (3), a principale-

(1) Baron de Selys Lonchamp, Sénat belge, 1907, n° 202, p. 192.

(2) On peut citer, à titre de curiosité juridique, ces deux amendements singuliers présentés au Sénat belge par M. le baron de Selys Longchamp : « S'il est établi que la mère a eu simultanément de pareilles relations avec plusieurs hommes, les charges d'entretien et d'éducation seront équitablement réparties entre ceux-ci. » — « S'il est établi que, pendant la période légale de la conception, la mère exerçait notoirement le métier de fille publique, en pareil cas, l'entretien et l'éducation de l'enfant seront mis, pour autant que de besoin, à la charge de la commune. » Sénat belge 1907, n° 202, p. 192. — Cf. Reininghaus, *op. cit.*, p. 62, nos 34, 45.

(3) Voy. *supra*, page 753.

ment été développée par le savant juriste suisse, M. Mentha (1). Elle vient enfin d'être mise en vedette, par ce fait qu'elle a servi de fondement au projet sénatorial belge qui a précédé la loi du 6 avril 1908 : elle fut, à cette occasion, défendue avec un grand talent et une incomparable habileté par M. Picard, l'éminent juriste belge (2) ; l'exposé, que nous avons fait de cette théorie, est, en grande partie, emprunté à son discours. Les Chambres belges ont d'ailleurs, sur l'invitation de MM. Van den Heuvel et Renkin (3), ministres de la justice, repoussé, au moins implicitement, cette théorie.

Il est, en effet, possible de lui adresser un grand nombre de critiques tirées de différentes considérations. Tout d'abord, il est inutile de faire remarquer tout ce que cette doctrine a de choquant pour la conscience moderne. Nous répugnons à cette idée de « paternité collective » ; nous n'arrivons pas même à concevoir cette extraordinaire situation, où se trouveraient plusieurs hommes, solidairement condamnés à payer à un enfant une pension alimentaire, sous prétexte que chacun d'eux est le père possible. La paternité entraîne pour nous des devoirs beaucoup plus étendus, qui ne peuvent se réduire à une simple question d'argent. Et, bien que l'intérêt de l'enfant nous soit

(1) Mentha. *Zeitschrift für schw. Recht.* VII, p. 574 et Rapport présenté à la Société des Juristes suisses, *déjà cité*. Un point de vue analogue est défendu par Anton Menger. *Das Bürg. Recht und die besitzlosen Volksklassen*, p. 55 et Nagorski, *op. cit.*, p. 100 : « Die juristischen Konstruktionen und Begründungen haben nur den Zweck den Rechtsregeln durch welche das Interesse bestimmter Volksgruppen seinen äusseren Ausdruck erhält, den *Schein rechtlicher Konsequenz zu verleihen.* » — Comp. Reininghaus, *op. cit.*, p. 62 et suiv. : Das aussereheliche mögliche Vaterschaftsverhältnis. — On peut relever une allusion rapide à cette théorie dans les débats au Sénat français. Voy. Richard. Sénat. Déb. parl. J. Off., 18 juin 1910, p. 1533, 2^e col.

(2) Picard. Sénat belge, 1907, n° 167, p. 172 ; n° 188, p. 185 ; *Le Droit pur*, p. 17.

(3) Van den Heuvel et Renkin. Sénat 1907, n° 124, p. 141 ; n° 146, p. 158 ; n° 202, p. 196 ; Colaert, rapp. Chambre, n° 246, p. 226 ; Renkin, Chambre, 1907, n° 254, p. 231 ; n° 257, p. 232.

cher, nous ne pouvons pas nous résoudre à permettre les plus louches machinations et à admettre une responsabilité sexuelle de l'homme sans fidélité de la femme. Notre époque s'accommoderait difficilement de décisions de justice analogues au célèbre édit des « quatre pères » de l'ancien droit : notre sens moral — et peut-être vaudrait-il mieux dire, notre sens du ridicule — est aujourd'hui un peu plus développé.

L'analogie entre les accidents du travail et la recherche de la paternité apparaît donc comme fausse à ce premier point de vue ; car, ceux qui l'ont imaginée, ont omis un facteur essentiel : le *facteur moral*. Comparaison n'est pas raison, dit-on parfois. La théorie du risque repose précisément sur une comparaison ingénieuse, séduisante sans doute, mais absolument factice. On a rapproché artificiellement deux hypothèses, en apparence analogues, en réalité très dissemblables. Dans l'une, il s'agit d'indemniser un ouvrier du préjudice résultant pour lui d'un accident du travail ; c'est une question d'argent. Dans l'autre, il s'agit moins de la réparation d'un dommage que de l'accomplissement d'un devoir de conscience, et, si l'obtention d'une pension alimentaire est l'objet essentiel de la demande, on ne saurait dire, qu'en elle seule s'épuisent tous les devoirs d'un père envers son enfant. Le risque de paternité entraîne d'autres obligations que le risque industriel. Ces deux hypothèses, par essence différentes, sont considérablement éloignées l'une de l'autre ; toute la question morale du devoir paternel les sépare ; elle est, sans contre-dit, assez importante pour ne pas être ainsi passée sous silence. La théorie du risque de paternité l'escamote purement et simplement.

Mais cette théorie manque également de *base juridique*. Pour que l'idée du risque soit applicable à notre matière, il faut nécessairement admettre l'existence d'un dommage (1). Or, les défenseurs de cette théorie se trouvent

(1) Il serait même nécessaire que l'enfant prouvât que le défendeur a réellement couru le risque de paternité ; qu'il a non seulement cohabité avec la mère, mais qu'il a eu avec elle des relations

enfermés dans le même dilemme que les partisans de la théorie du délit. De deux choses l'une, ou c'est la femme qui a été exposée au risque créé par le concubin, et alors c'est exclusivement au profit de celle-ci qu'une condamnation doit intervenir ; le défendeur ne devrait être tenu qu'à indemniser la mère du dommage résultant de l'accident, c'est-à-dire de l'accouchement. La demande spéciale en remboursement des frais de gésine serait la seule action à laquelle le concubin s'exposerait. Si au contraire, on vient prétendre que c'est l'enfant qui a été exposé au risque, on se trouve à nouveau en présence d'insolubles contradictions : en effet, si l'enfant était déjà conçu au moment où le défendeur a eu des rapports avec la mère, le concubin n'a pu créer le risque de paternité, qui préexistait aux relations ; la conception n'avait-elle pas encore eu lieu à cette époque, le défendeur ne pouvait faire courir un risque à une personne qui n'existait pas encore, à un enfant qui n'était pas encore conçu. Ainsi les mêmes objections irréductibles se dressent contre la théorie du risque et contre la théorie du délit.

C'est qu'en effet, l'assimilation du risque de paternité au risque professionnel est fausse au point de vue juridique comme au point de vue moral. En matière industrielle, il y a en présence deux sujets de droit déterminés : le patron qui crée le risque, l'ouvrier qui y est exposé ; en cas d'accident, celui-ci peut réclamer une indemnité en réparation du préjudice subi. Mais, quand il s'agit de procréation d'enfant, il vient se surajouter aux deux acteurs principaux une troisième personne, l'enfant, qui — chose inexplicable dans cette théorie — passe au premier plan et devient le principal bénéficiaire de la condamnation. Et d'ailleurs, dans quelle mesure peut-on dire de la conception qu'elle est un « accident » ? Oui sans doute, un « accident de l'amour » ; mais ce n'est là qu'une métaphore,

normales et complètes, en particulier sans pratique malthusienne. On ne saurait présumer ce dernier fait, car ce serait présumer que le défendeur a couru le risque ; et c'est précisément cette preuve qui incombe au demandeur.

et surtout, je crois, une expression à la mode ! La vérité, c'est qu'on se trouve ici en présence d'un fait particulier, sui generis, qui ne saurait être comparé ni assimilé à aucun autre : ce fait, c'est la conception, la *transmission de la vie à un être humain*. A raison de son caractère spécial, ce fait est régi par des règles propres, qui ne peuvent être importées d'aucun autre domaine. Toute comparaison est impossible, car le don de la vie est un *fait unique en son genre* : les rapports de droit s'établissent d'ordinaire entre sujets qui *coexistent* ; ici, il s'agit de la *création* d'un des sujets par l'autre. Ce don de la vie est d'une nature exceptionnelle. « Il établit, dit M. Leclercq, entre le donateur et « le donataire des droits et des obligations réciproques. « Celui qui a donné la vie doit veiller sur l'être qu'il a « tiré du néant et qui le continue ; celui qui a reçu la vie « en doit compte à celui qui la lui a donnée, sans lequel « il n'existerait pas et dont il est le prolongement » (1-2) Ils sont unis entre eux par une étroite solidarité morale, fondée sur la solidarité physique, c'est-à-dire sur la communauté du sang, sur la parenté. Aucune autre raison ne peut justifier l'étendue et la rigueur des rapports de droit qui unissent le père et l'enfant naturel.

Cette théorie est si peu acceptable, que tous les législateurs se défendent de l'avoir admise comme fondement de l'action en recherche de paternité. En Belgique, elle avait été formellement adoptée par le projet sénatorial ; et elle fut exposée et soutenue avec une vigueur et une habileté incomparables par MM. Picard et de Selys Longchamp. Cependant le législateur belge a refusé de lui donner son adhésion. Cela résulte d'abord des déclarations expresses et réitérées de MM. Van den Heuvel et Renkin, successive-

(1) Leclerc, *op. cit.*, n° 30, p. xxxiii. — Cf. Champcommunal, *loc. cit.*, p. 110.

(2) La comparaison est imparfaite encore à un autre point de vue. Tandis que le risque industriel est exceptionnel, et que le but normal des forces mises en jeu est de produire du travail, et non de provoquer des accidents, au contraire, la conséquence naturelle du rapprochement sexuel est la procréation de l'enfant ; ce n'est point là un fait accidentel, mais un événement ordinaire.

ment ministres de la justice, et de M. Colaert, rapporteur (1). Mais surtout, cette théorie est inconciliable avec les dispositions des articles 340 *d* (admission des exceptions d'infidélité et d'inconduite de la mère) 341 *c* (empêchement au mariage entre le père et l'enfant naturel) 342 *a* (prohibition de la recherche de la filiation adultérine et incestueuse). Quel est donc le fondement véritable de la loi belge ? Il dépend de la nature des effets produits par le jugement. Si l'action en recherche de paternité entraîne des conséquences d'état civil, elle est nécessairement basée sur la paternité véritable du défendeur. Mais si elle ne tend qu'à l'obtention d'une pension d'aliments, elle suppose seulement la simple vraisemblance de paternité. Dans les cas de possession d'état et d'acte criminel, il est possible de parvenir à la *certitude complète* de la paternité ; au contraire le législateur belge estime que, dans les hypothèses prévues par l'article 340 *b*, (aveu, concubinage, séduction) on ne peut jamais atteindre qu'à la *simple vraisemblance* ; et c'est pourquoi, les effets de l'action se restreignent à une créance alimentaire (2). Ainsi, le fondement juridique de la loi belge est double ; il n'en pouvait être différemment dans le système hybride adopté par le législateur de 1908. Nous nous réservons le droit de discuter dans nos conclusions la légitimité de cette attitude équivoque, et de voir si elle ne heurte pas le bon sens et la logique.

De même, les rédacteurs du Code civil suisse affirment leur intention de sanctionner le principe de la paternité véritable (3). Le nom, par lequel ils désignent l'action est significatif : « Vaterschaftsklage » ; de plus, cette action est réglée dans le titre du Code consacré au droit de la famille, et elle a pour objet d'attacher des effets de droit aux liens naturels du sang (4). Il n'y a pas à distinguer, dit-

(1) Voy. les références citées page 762, note 5.

(2) Galopin, *op. cit.*, n° 57, p. 42.

(3) Huber. *Exposé des Motifs du C. c. s.*, I, p. 220.

(4) Voyer Weiss, *Zeitschrift für schweiz. Recht.* Nouv. S. XV, p. 32 seq. — Gmür. *Zeitschrift des Berner Juristenvereins* XXX,

on, selon que l'action entraîne des conséquences d'état ou ne donne droit qu'à une simple pension alimentaire. En Suisse, le fondement juridique de l'action en recherche de paternité est unique ; nous essaierons de déterminer les véritables raisons qui ont conduit le législateur fédéral à lui donner un double objet (1).

Enfin, les législations germaniques, bien que réduisant à des conséquences purement pécuniaires les effets du jugement de paternité, protestent aussi de leur adhésion à la théorie de la parenté (*Verwandtschaftstheorie*). Les rédacteurs des Motifs du Code civil allemand l'ont expressément déclaré ; le Code emploie intentionnellement le mot « Vater » ; enfin l'*exceptio plurium* y est admise (2). Et cependant, les solutions allemandes s'expliquent aussi bien — mieux peut-être — dans la théorie du risque que dans la théorie de la parenté. Comment parvenir à comprendre, qu'entre personnes aussi étroitement unies par les liens du sang, il existe une simple créance alimentaire, unilatérale, et temporaire ? L'examen du litige est soustrait à la juridiction compétente en matière d'état ; et surtout, nous avons remarqué, non sans quelque stupéfaction, que le système de la paternité plurale n'avait rien, qui choquât particulièrement les auteurs allemands : par suite de la relativité du jugement de paternité, et de la nature spéciale de la reconnaissance volontaire en droit allemand, plusieurs hommes peuvent être solidairement condamnés à verser une pension alimentaire à un même enfant. Il est impossible de justifier une conséquence aussi étrange, si l'on adhère à la théorie de la parenté, d'après laquelle seul le père véritable doit être tenu de l'obligation d'aliments. Si, *officiellement*, la théorie de la parenté a été admise par le législateur germanique, on doit convenir, qu'*en fait*, c'est la théorie du risque de paternité — ou tout au moins

p. 335. — Jugement de l'Ob. ger. d'Argovie, *Zeits. f. schw. Recht.* XIV, 120. — Peyer, *op. cit.*, p. 44. — Mohr, *op. cit.*, p. 55 et suiv.

(1) Voyez nos conclusions, p. 781 et suiv.

(2) *Motifs du C. c. all.*, t. IV pp. 874, 875.

celle de la possibilité de la paternité, qui inspire la plupart des solutions adoptées (1).

Ainsi, c'est entre ces deux dernières théories que se partagent les avis des auteurs modernes, relativement à la question du fondement juridique de l'obligation du père naturel. La fameuse théorie du délit, qui eut jadis une si grande vogue, ne paraît plus pouvoir recueillir aujourd'hui aucune adhésion. Sa chute est facile à expliquer : elle satisfaisait l'esprit, à l'époque où l'action en recherche de paternité présentait le caractère d'une véritable action en dommages-intérêts, attribuée à la mère. Mais précisément, nous nous sommes appliqué à montrer, au cours de cette étude, comment l'action de l'enfant s'était dégagée, distinguée de l'action de la mère. Il ne s'agit plus dès lors de réparer un dommage, il s'agit de rechercher et de déterminer une filiation ; c'est une question d'état qui se pose. Comme l'a fort bien fait remarquer M. Galopin, même quand l'action ne tend qu'à des prestations pécuniaires « le problème à résoudre par le juge est un *problème de filiation* » (2). Seule, l'action en dommages-intérêts de la mère, du moins dans les pays latins où la preuve de la faute du séducteur est requise, peut se réclamer de la théorie du délit (3). Mais l'action de l'enfant trouve sa raison d'être dans la théorie de la parenté, qui peut en expliquer les caractères spéciaux et les effets étendus.

Certains esprits se sont laissés convaincre par l'originalité et la nouveauté de la théorie du risque de paternité, qui emprunte d'ailleurs en grande partie son succès à celui dont jouit l'idée nouvelle de « risque » sur laquelle elle repose. Mais nous avons dévoilé les vices secrets qu'elle

(1) Voy. sur ce point les réflexions de M. Haléwyck, *op. cit.*, pp. 16, 17.

(2) Galopin, *op. cit.*, n° 58, p. 43.

(3) Au contraire, on pourrait très légitimement soutenir que l'action en frais de gésine, connue des pays germaniques, et dont nous avons fait remarquer le caractère obligatoire et forfaitaire, est inspirée par la théorie du risque de paternité ; en tous cas, elle est absolument indépendante de toute idée de faute.

cachait sous des apparences séduisantes et sous une forme adroitement présentée ; elle est de plus absolument incompatible avec la solution latine du problème de la recherche de la paternité naturelle.

TROISIÈME PARTIE

CONCLUSIONS

Critique des systèmes, Tendances du droit moderne

CONCLUSIONS

Ayant ainsi exposé et comparé entre elles les diverses solutions proposées par les législations modernes sur les principales questions que soulève la recherche de la paternité naturelle, il nous reste à dégager les conclusions, que comporte ce travail. A raison de leur nombre et de leur variété, on éprouve un sentiment d'hésitation, avant de choisir la route qu'il faudra suivre, le point de vue auquel il faudra se placer. Commençons d'abord par dire les voies où nous ne nous engagerons pas.

Il est d'abord possible de reprendre l'examen des objections classiques dirigées contre la recherche de la paternité : impossibilité de la preuve, crainte du scandale et du chantage, encouragement à la débauche et diminution de la moralité publique. C'est là ce que nous appellerons le sentier battu ; et c'est pourquoi nous le négligerons. D'ailleurs la cause est entendue ; le verdict de l'opinion publique est rendu, il n'est plus temps de discuter ; nous nous trouvons aujourd'hui en face de faits accomplis. Et ne fût-on pas partisan de la recherche de la paternité, on ne peut cependant nier la réalité, on ne peut ignorer qu'en l'espace d'une quinzaine d'années tous les grands pays européens, la Norvège, l'Allemagne en 1900, la Russie en 1902, la Principauté de Monaco en 1907, la Belgique et le Danemark en 1908, la Hollande en 1909, la Suisse et la France en 1912, ont édicté dans des Codes ou des lois spéciales des dispositions qui avaient pour but de réglementer la recherche de la paternité là où elle était déjà autorisée, de l'organiser là où elle était interdite, et d'une façon générale d'améliorer le sort des enfants naturels. Voilà la meilleure réponse que l'on puisse faire aux adversaires de la recherche de la paternité. Qu'ils continuent à se lamenter, à prédire toutes les ruines ! Mais du moins, ils ne peuvent contredire l'évolution des idées et des mœurs sur ce point, ils ne peuvent étouffer le cri de la conscience publique qui se réveille. On ne réussit pas tous les jours un coup d'Etat semblable à celui du 18 Brumaire, qui nous valut le né-

faute article 340. De tels attentats ne sont possibles que lorsqu'après une période de trouble et de tourmente, une réaction subite se produit, et que la conscience sociale, égarée et désemparée, est à la merci d'un dictateur autoritaire et énergique, qui impose ses idées et ses vues personnelles.

Au reste, on a, depuis longtemps et à maintes reprises, répondu victorieusement aux critiques dirigées contre la recherche de la paternité. L'objection tirée de l'impossibilité de la preuve, toute la première partie de ce travail en démontre l'inanité ; quant à celle tirée de la crainte du scandale et du chantage, nous avons montré qu'elle était considérablement exagérée et qu'elle perdait toute sa valeur, depuis que des mesures spéciales avaient été prises à cet effet par les législateurs modernes. Enfin, pour réfuter la dernière critique relative à l'influence de la recherche de la paternité sur la moralité publique, il faudrait se livrer à des études de statistique et en dégager des conclusions. Ce travail a déjà été fait merveilleusement par M. Pouzol (1) dans son beau livre de la *Recherche de la Paternité* couronné par l'Académie des Sciences morales et politiques. Se plaçant au quadruple point de vue de la fréquence des naissances illégitimes, de la mortalité et de la mortalité des enfants naturels, de l'institution du mariage et du coefficient de nuptialité, enfin de la criminalité enfantine, il a démontré, de façon éclatante, la répercussion funeste du dogme de l'irresponsabilité personnelle sur la moralité et la santé des sociétés. Il a prouvé tout ce qu'il y avait de faux, d'injuste, de barbare et d'odieux dans l'aphorisme brutal du Premier Consul : « La société n'a pas d'intérêt à ce que les bâtards soient reconnus ». Reprenons-nous pour notre compte ce travail définitif qui est, d'ailleurs, des plus délicats et des plus ardues ? Nous estimons cet effort inutile. Au reste, les législations qui règlent cette question sont la plupart très récentes ; certaines ne sont en application que depuis quelques années à peine. Les documents statistiques manquent ; et d'ailleurs, les effets sont encore difficiles à juger, car ils n'ont pas encore eu le

(1) Voy. Pouzol, *op. cit.*, p. 336 à 530.

temps de se produire et de se développer ; les tendances ne se dessinent pas encore. Nous sommes trop près des événements ; nous n'avons pas le recul nécessaire pour les apprécier sainement. On risque, en se hâtant imprudemment et en s'en tenant à des documents trop récents et portant sur un nombre trop restreint d'années, de tirer de ces faits des conclusions fausses et de s'imaginer apercevoir des tendances qui n'ont pas de lendemain. C'est, en particulier, ce qui est arrivé à M. Haléwyck : cet auteur, à la fin de son excellent rapport sur la *Recherche de la paternité en Allemagne*, avait cru pouvoir affirmer, à l'aide de documents statistiques, que depuis 1900 le coefficient de la natalité illégitime diminuait. Il avait observé, en particulier, cette tendance dans la Prusse Rhénane et en Alsace-Lorraine ; et la constatation était intéressante, puisque ces régions étaient antérieurement soumises au régime de l'interdiction ; si donc les naissances illégitimes diminuent, c'est que la recherche de la paternité exerce une heureuse influence sur la moralité publique. Malheureusement, nous avons eu la curiosité de compléter les travaux de M. Haléwyck et de les mettre au jour, et nous avons eu la surprise désagréable de constater que le mouvement annoncé était fictif et qu'il se produisait, même aujourd'hui, en sens inverse (1).

Il faut donc se garder de ces conclusions hâtives et imprudentes. La matière sociale est trop complexe, com-

(1) Ainsi, la proportion des naissances illégitimes sur le total des naissances, tombée en Alsace-Lorraine, à 6,9 en 1904, est remontée à 7,1 (1909), 7,3 (1910), 7,1 (1911). — Prusse Rhénane 3,8 (1904) puis 4,0 (1907), 4,2 (1908), 4,2 (1909), 4,4 (1910), 4,4 (1911). — Grand Duché de Mecklembourg Schwerin : 11,3 (1904), 12,6 (1907), 12,9 (1908), 13,2 (1909), 14 (1910), 14,3 (1911). — Grand Duché de Bade : 7,2 (1904), 7,3 (1907), 7,7 (1908), 7,6 (1909), 7,9 (1910), 8,1 (1911). — Duché de Brunswick : 9,8 (1902), 11,5 (1911). — Saxe : 12,6 (1900), 14,0 (1907), 14,4 (1908), 14,8 (1909), 14,9 (1910), 15,2 (1911). — Allemagne (total) : 8,3 (1903), 8,4 (1904), 8,5 (1905), 8,5 (1906), 8,7 (1907), 8,9 (1908), 9 (1909). Par contre on a constaté une diminution régulière et progressive de la mortalité illégitime ; elle était de 4 0/0 en 1870 ; elle est aujourd'hui de 2,9. — Ces chiffres sont empruntés au *Statistisches Jahrbuch für das deutsche Reich*.

posée de trop d'éléments, soumise à trop d'influences, pour qu'on puisse, avec certitude, attribuer à telle institution particulière une répercussion sur la moralité publique. Mille causes agissent sur elle : prospérité économique, intensité des croyances religieuses, législation sur le mariage, vitalité et fécondité des générations, usage des pratiques illicites, etc... Quand bien même on constaterait une augmentation de la natalité illégitime ou du nombre des avortements, il ne faudrait pas davantage en déduire cette conséquence que la recherche de la paternité a de funestes effets. Ces événements sont conditionnés par une foule de raisons qu'il est fort difficile de déterminer. Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'il n'est jamais bon de proclamer l'irresponsabilité des individus, de les soustraire aux conséquences de leurs actions et de les dispenser de l'accomplissement de leurs devoirs, surtout du devoir impérieux, qui s'impose au père de nourrir son enfant. Ainsi, on amoilit les caractères, on énerve les volontés, on favorise le développement des mauvaises tendances et des bas instincts. On provoque à la débauche et aux désordres. On fait tomber à la charge de l'assistance publique une foule d'enfants naturels abandonnés par un père dont la lâcheté trouve une excuse dans l'indulgence coupable de la société, et par une mère elle-même abusée, dénuée de ressources, révoltée contre l'insouciance et l'injustice des lois. Sans doute, il ne faut pas attendre de la réforme de la recherche de la paternité la guérison de tous les maux dont nous souffrons ; elle ne ramènera pas le règne de la vertu, elle ne mettra pas fin au crime abominable qu'est l'infanticide, à l'acte plus secret, mais non moins meurtrier et encore plus odieux qu'est l'avortement. Ces crimes se renouveleront tant que la fille-mère restera sensible à la honte d'avoir conçu hors mariage, tant que la société l'accablara de son mépris. Mais, du moins — et cette seule considération suffit à justifier la généreuse réforme qui vient d'être réalisée — il faut reconnaître que l'œuvre du législateur moderne est, avant tout, dominée par l'idée de réhabilitation et de justice, réhabilitation et justice pour la fille-mère qui, souvent indignement trompée, supporte seule les lourdes

charges d'une faute commune, justice pour l'enfant innocent qui est privé d'état-civil, de famille et, parfois même, des secours les plus indispensables, justice enfin à l'égard du père naturel qui ne peut plus aussi aisément se soustraire à l'accomplissement de son devoir.



Nous n'imiterons pas davantage certains auteurs qui, après avoir exposé l'état des législations modernes sur une question, s'érigent en législateurs et empruntent, de ci, de là, quelques articles aux lois des pays les plus divers, juxtaposent, plus ou moins heureusement, une foule de dispositions souvent très disparates, issues de conceptions violemment opposées et qui hurlent de se trouver ainsi unies les unes aux autres. Et cette compilation de textes, que l'auteur décore du titre pompeux de système, n'est jamais qu'une œuvre hybride, chimérique, faite d'incohérence et de contradiction. Nous ne croyons pas, en effet, qu'il faille proposer, comme but du droit comparé, la recherche d'un idéal législatif, ni la création d'un droit commun (1). Quand on vient de parcourir les solutions différentes qu'ont données à un même problème les diverses législations modernes, on est précisément pénétré de l'impossibilité d'une telle tentative ; car on sait alors apprécier toute la distance qui sépare les opinions et les conceptions des différents peuples sur une même question ; on sent qu'elles sont complètement étrangères les unes aux autres, profondément personnelles et irréductibles. Si le droit comparé présente quelque utilité, c'est assurément celle de vous convaincre de la justesse du mot de Pascal : « Vérité en deça des Pyrénées, erreur au delà ! » (2). Tan-

(1) Nous croyons plutôt que le but du droit comparé, c'est « l'étude de la marche des législations, en vue d'en découvrir l'essence et d'en expliquer l'évolution. » Elie Anastasiadès, *Etudes comparées et philosophie du droit*. Athènes, 1910. C'est du moins d'après cette conception du droit comparé, que nous avons composé ce travail.

(2) Pascal. *Pensées* (édit. Havet), article 3, n° 8.

dis que dans les sciences naturelles et physiques, une chose vraie dans tel pays l'est dans tous les autres et que les découvertes scientifiques s'imposent à tous les savants du monde, au contraire, dans le domaine du droit, la vérité est essentiellement relative ; elle ne vaut que pour un certain temps et pour un peuple déterminé ; l'unification juridique n'est pas faite et n'est pas prêt de se réaliser. La vieille idée d'un droit naturel, immuable et éternel, dont les principes s'appliqueraient dans tous les temps et dans tous les pays ne semble plus avoir, aujourd'hui, aucun crédit. Il est impossible de considérer le droit comme ayant quelque origine divine ou comme étant fondé sur des notions *a priori*. Il n'est et ne peut être que le reflet, que l'émanation de la conscience sociale, de cette conscience qui est faite de l'ensemble des mœurs, des traditions, des aspirations d'un même peuple. C'est pourquoi il diffère selon les époques et selon les lieux. « Trois degrés d'élévation du pôle renversent toute la jurisprudence. Un « méridien décide de la vérité ; le droit a ses époques. « L'entrée de Saturne au Lion nous marque l'origine d'un « tel crime. Plaisante justice qu'une rivière borne » (1).

Ainsi, dans les pays latins, la possession d'état paraît être la preuve la plus parfaite, la plus adéquate, de la filiation. Cette notion si claire, si évidente à nos yeux, semble ignorée ou, du moins, à peine connue des législations germaniques. De même, l'acte de reconnaissance volontaire est, pour nous, la manifestation la plus éclatante de la volonté de l'homme de recevoir, dans sa famille, un enfant naturel. En Allemagne, elle n'est qu'une simple renonciation à un moyen de défense, et ne confère aucun droit à l'enfant. Nous pensons que l'autorisation de la recherche de la filiation adultérine et incestueuse provoquerait les troubles les plus graves dans la société ; et, cependant, dans les pays germaniques, où elle est admise, aucune perturbation n'a été, de ce fait, révélée. Nous croyons qu'il est indispensable de creuser un fossé profond entre la filiation légitime et la filiation naturelle ; en Allemagne,

(1) Pascal, *loc. cit.*

elles sont soumises à un traitement identique, du côté maternel. Mais l'on pourrait multiplier les exemples à l'infini.

Ce ne sont point seulement les dispositions particulières qui varient d'un Code à un autre (la remarque ne mériterait pas d'être faite) mais c'est surtout l'esprit, la conception qui diffère selon les pays ou plus exactement selon les races. Si l'on cherche à grouper entre elles certaines législations, malgré leurs divergences de détail, et à distinguer les idées communes qui les inspirent, on s'aperçoit aisément que les nations dont les origines, les mœurs, la langue, les tendances sont analogues, ont pris relativement à telle question une même position, adopté une solution identique. Et c'est ainsi qu'il est possible de ranger les diverses législations dans deux ou trois grands systèmes, qui sont très originaux, très personnels, et ne se pénètrent pas réciproquement. Nous avons pu, par exemple, relativement au problème de la recherche de la paternité naturelle et de la filiation illégitime en général, distinguer deux conceptions différentes entre lesquelles se divisent les législations modernes : la conception latine, *mos gallicus*, adoptée par les pays de race latine et la conception germanique, *mos germanicus*, adoptée par les pays de race germanique. Ainsi donc chaque race a créé, a engendré à son usage personnel, un droit qui est en harmonie avec ses idées particulières, avec son tempérament et son génie ; et ce droit ne saurait se confondre, se fusionner avec la législation d'une autre race, car il est marqué par certains caractères originaux, par un sceau ineffaçable. Selon la forte expression de M. Picard, le grand jurisconsulte belge, on peut dire que « *chaque race suinte son droit* » (1). Et alors, c'est une œuvre vaine, celle qui consiste à choisir, parmi les législations les plus variées, un certain nombre de dispositions qui semblent particulièrement séduisantes et de les assembler, de les accoler, tant bien que mal, pour en faire une sorte de projet bâtard, démarqué, qui n'est plus d'aucun temps, ni d'aucun pays, pour imaginer une chimère sans réalité et sans vie. On ne saurait

(1) Picard. Sénat belge, 1907, n° 167, p. 168, 2° col.

adapter aux coutumes et aux tendances d'un peuple quelque institution, émanée de la pensée et des mœurs différentes d'un autre peuple. « Passer d'une race à une autre, « ou d'une variété de race à une autre variété, dit encore « M. Picard, c'est passer d'un droit à un autre. On ne saurait assez le répéter à l'encontre de ceux qui rêvent « d'un droit unifié universel, sorte de volapuck juridique, « sans harmonie et sans réalité, enfant de la rêverie idéologique et d'une création arbitraire » (1).

Il faut donc faire preuve d'une grande circonspection, lorsqu'on veut introduire, dans la législation d'un pays certaines dispositions, issues du droit d'une autre nation. « On doit tenir compte des circonstances différentes, parfois essentielles, tirées des mœurs, des traditions, des coutumes, des lois et aussi de l'esprit, du caractère national des peuples, dont on compare les institutions et les lois » (2). Il convient aussi de ne pas oublier que chaque article d'un Code fait partie d'un ensemble de dispositions qui s'appellent et se complètent les unes les autres, qui sont inspirées par un même esprit, se rapportent à une même conception. On ne saurait donc détacher, au hasard, l'une des prescriptions d'une loi pour l'importer dans un autre pays, sans s'être tout d'abord assuré que ces deux législations sont issues des mêmes tendances et se proposent un but identique. « Une formule de justice établie « *ne varietur*, disait M. Saleilles, suppose essentiellement « pour intervenir, des législations de même famille, « des groupes sociaux similaires semblant avoir un même idéal » (3). L'horticulteur, qui veut greffer sur un arbre la branche d'un autre arbre, sait bien que cette opération délicate ne sera couronnée de succès, que si la tige détachée est de la même essence, est nourrie par la même sève que le tronc sur lequel il veut l'enter. Ainsi, ces sortes de greffes juridiques qui consistent à emprunter à des légis-

(1) Picard. Sénat belge 1907, n° 167, p. 168, 2 col.

(2) Tanon. *L'évolution du droit et la conscience sociale*, p. 197.

(3) Saleilles. *Bulletin de la Soc. de législat. comparée*, 1900, p. 383 seq.

lations étrangères certaines solutions ou certains articles de loi, ne sont assurées d'une heureuse réussite et d'une grande fécondité, que si la disposition importée est issue des mêmes conceptions, est animée par le même esprit que le Code dans lequel on projette de l'insérer. Combien y a-t-il d'amateurs imprévoyants, qui font venir, à grands frais, des pays équatoriaux, une fleur merveilleuse, dont on leur a vanté les formes harmonieuses, les couleurs vives, le parfum pénétrant ; il s'empressent de la planter dans leur jardin pour en orner leurs parterres et l'entourent des soins les plus attentifs. Mais, au bout de quelque temps, ils voient avec désespoir la belle fleur se flétrir ; sa tête se courbe vers la terre, ses larges pétales se froissent, ses couleurs se ternissent. Elle dépérit chaque jour et se consume d'une lente anémie, demandant, en vain, à un sol trop sec, à un climat trop tempéré, à un soleil trop pâle, l'humidité, la chaleur et la lumière de son pays natal. Les fleurs, pour vivre et pour s'épanouir, réclament certaines conditions climatiques, de même que les législations, pour faire œuvre utile et féconde, exigent certaines conditions sociales. Chaque pays a sa flore spéciale, adaptée à la nature du sol, au caractère de son climat, au cours de ses saisons ; il a de même son droit propre, émané de son génie, de ses traditions et de ses tendances. Il y a donc une atmosphère sociale, comme il y a une atmosphère physique. La plante, qui prospère et se multiplie sous un climat, dépérit sous un autre ; la législation, qui obtient les plus éclatants succès dans une société, échouerait lamentablement dans une société différente. Et c'est pourquoi il faut prendre garde d'importer à la légère, sans en bien connaître l'origine et la nature, la fleur exotique et la législation étrangère.



Notre but, dans ces conclusions, sera donc plutôt de dégager et de bien mettre en lumière les principales solutions que nous proposons, relativement au problème de la recherche de la paternité naturelle, les législations moder-

nes. Elles sont divisées, sur cette question et de façon générale sur celle de la filiation illégitime, entre deux conceptions différentes : la conception latine, adoptée par les pays de race latine, et la conception germanique, adoptée par les pays de race germanique. D'après la première, la preuve de la paternité est minutieusement réglementée, mais une fois que sa filiation est établie, l'enfant acquiert des droits étendus et est rattaché à son père par des liens de famille ; d'après la seconde, la recherche de la paternité est largement ouverte, mais l'enfant ne peut réclamer de son père qu'une pension alimentaire. Si donc, à notre époque, le législateur ne peut plus ignorer l'enfant illégitime et le mettre hors la loi, du moins il peut lui offrir diverses conditions juridiques. Il convient donc de se demander quels sont les avantages et les inconvénients réciproques de ces deux tendances, de les comparer, de mesurer leur force et d'enregistrer leurs progrès. L'intérêt de cette étude, qui nous paraît être la conclusion logique de notre travail, est encore accru de ce fait qu'au cours de ces dix dernières années deux Etats européens, la Belgique et la Suisse, désireux de régler le sort des enfants naturels, ont senti le besoin de discuter la valeur de ces deux systèmes concurrents. En réalité, nous le savons, ces législations ne se sont nettement décidées, ni dans un sens ni dans l'autre ; elles ont essayé de concilier ou plutôt, la conciliation étant chose impossible entre deux conceptions d'origine et d'esprit différents, de juxtaposer les deux opinions qui se partagent sur ce point, les législations du monde civilisé.

Certains ont même voulu voir dans cette attitude une *troisième* solution de la question de la recherche de la paternité ; la solution moderne, pourrait-on dire, puisqu'elle a été adoptée spontanément et sans concert préalable par deux législations récentes. Le problème recevrait ainsi une réponse très satisfaisante ; on corrige ce qu'il y a d'excessif dans les effets reconnus au jugement par le système latin, et l'on recueille les avantages du système germanique relativement à la facilité de la preuve. Grâce à cette méthode éclectique, tous les intérêts sont sauve-

gardés. *In medio stat virtus* ! Avant de discuter la valeur des conceptions latine et germanique, nous voulons de suite faire bonne justice de cette opinion ; nous montrons que cette solution, qui n'est qu'un simple accollement hybride de deux tendances inconciliables, est illogique et irrationnelle ; et, en outre, loin d'être un système original, elle a été imposée aux législateurs belge et suisse par les événements et les circonstances.

Examinons donc d'abord ce système en lui-même. Il consiste, nous le savons, à faire produire à la filiation des effets différents selon la preuve sur laquelle elle est fondée. Invoque-t-on l'existence d'une promesse de mariage, d'un abus d'autorité, d'un acte criminel, l'action présente le caractère d'une action d'état (*Statusklage*) et l'enfant est rattaché à son père par des liens de famille. Au contraire, se fonde-t-on seulement sur l'existence de relations charnelles entre la mère et le défendeur pendant la période légale de la conception, l'action est purement pécuniaire et l'enfant ne peut réclamer que des aliments. La loi belge établit même une double liste de cas ; dans la première (acte criminel et possession d'état) le jugement a des conséquences d'état ; dans la seconde (aveu, concubinage, attentat à la pudeur, séduction dolosive) le jugement n'accorde qu'une pension alimentaire. Pourquoi cette distinction ? Quel est son fondement et quel est son criterium ? Si l'on en croit les législateurs, il a fallu établir une graduation dans les effets du jugement de paternité, selon la valeur de la preuve fournie et la certitude qui s'en dégage. Dans la plupart des cas, la paternité du défendeur n'apparaît que comme vraisemblable, probable, très rarement comme absolument indéniable. « La responsabilité, dit le « professeur Van der Smissen, est aggravée ou diminuée, « d'après le coefficient de probabilité du fait » (1). — « Il « ne s'agit que d'une paternité vraisemblable, suffisante, « pour qu'on accorde un droit de créance ; l'enfant ob-

(1) Van der Smissen. *La Recherche de la paternité*. *Revue générale*, 1905, cité par Braün. Sénat, 1907, n° 149, p. 160.

« tient moins parce que sa filiation reste incertaine, » (1). Au contraire, quand il y a possession d'état, c'est-à-dire avec répétition, constante, publique de la paternité, ou attentat criminel sur la personne de la mère, il est incontestable que l'homme par rapport auquel la possession d'état est prouvée, ou qui a enlevé ou violé la mère est réellement le père de l'enfant. Alors, il ne faut pas hésiter à accorder des droits étendus à ce dernier et à le rattacher par des liens de famille à son père certain. Le législateur suisse ne mentionne pas la possession d'état, car cette notion lui est étrangère, mais, par contre, il cite l'acte criminel, la promesse de mariage, l'abus d'autorité. « Dans ces cas, dit M. Huber, encore que « le défendeur nie sa paternité, on pourra la considérer « comme dûment établie; *aussi la constatation de ce fait* « *par le juge équivaut-elle à la reconnaissance de l'enfant* « *par le père* » (2). On peut apprécier, grâce à cette citation, la grande force probante qu'attache le législateur à certains faits déterminés ; n'oublions pas que, dans ces cas, le juge *doit* déclarer la paternité du défendeur.

Une telle distinction fondée sur la valeur de la preuve est, en soi, profondément irrationnelle. En effet, de deux choses l'une, ou la paternité du défendeur est bien établie, bien démontrée, et alors on ne comprend pas pourquoi la filiation ne sortirait pas tous ses effets naturels et normaux. Ou bien la preuve de la paternité n'est pas rapportée ; il reste des doutes ; le défendeur est peut-être le père mais on ne saurait l'affirmer à coup sûr ; mais, si la conviction du juge n'est point faite, celui-ci ne saurait condamner un homme, ne fût-ce qu'à une simple prestation d'aliments : s'il est innocent, cette injustice est intolérable, bien qu'en droit le jugement n'entraîne que des conséquences pécuniaires, il n'en est pas moins vrai que le défendeur est considéré comme étant le père de l'enfant : ceci n'est pas indifférent. D'ailleurs, la solution adoptée par la loi belge et le Code civil suisse s'harmonise assez bien avec la théorie du risque de paternité, que nous avons

(1) Picard. Sénat, 1907, n° 167, p. 170, 2° col.

(2) Huber. *Exposé des Motifs du C. c. s.*, t. I, p. 204.

eu l'occasion de développer et de combattre. Ce n'est pas le père véritable, ce n'est pas même le père probable, c'est seulement le père *possible* que l'on recherche, celui qui a couru le risque de paternité. « Il s'agit, dit M. Picard, de « constater un simple état de fait justifiant l'allocation « d'une créance et la mise de cette créance à la charge « d'une personne déterminée, celle qui a volontairement « couru le risque de paternité, le risque de mettre au « monde un être qui doit obtenir le moyen de vivre » (1). Tel est le véritable fondement de ce système.

Mais, admettons que le criterium de la distinction adoptée en Belgique et en Suisse réside dans la force probante de la preuve. A quelles contradictions étranges n'allons-nous pas aboutir ? Ainsi les listes dressées par la loi belge et le Code civil suisse ne correspondent nullement. Elles ne concordent qu'en ce qui concerne l'attentat criminel commis sur la personne de la mère qu'elles rangent, l'une et l'autre, parmi les cas de paternité avec conséquences d'état ; et encore le législateur belge, on ne sait pourquoi, détache l'hypothèse de l'attentat à la pudeur et n'accorde en ce cas qu'une pension alimentaire. Mais, poursuivons cet examen : le législateur suisse ouvre l'action d'état quand le demandeur invoque l'existence d'une promesse de mariage ou d'un abus d'autorité, tandis que ces mêmes circonstances ne paraissent nullement concluantes au législateur belge, qui les range parmi les cas de paternité alimentaire. D'autre part, pourquoi celui-ci fait-il une différence entre la possession d'état, et le concubinage, ou les aveux cent fois répétés dans des lettres ou écrits émanés du défendeur ? Est-ce que le concubinage n'offre pas, toutes proportions gardées, une présomption de paternité presque aussi forte que celle qui existe dans le mariage ? Est-ce que, pour qui cherche la vérité, la preuve la plus convaincante n'est pas l'aveu du coupable ? Les accusateurs de tous les temps n'ont-ils pas poussé un cri de victoire quand ils sont parvenus à arracher de la poitrine de l'inculpé

(1) Picard. Sénat, 1907, n° 167, p. 170, 2° col.

l'aveu de son crime ? L'horrible torture avait-elle un autre but ? Les législations les plus timides, à l'égard de la recherche de la paternité naturelle, osent cependant lever l'interdiction de la recherche, quand le demandeur peut montrer un aveu du père. Et, cependant, nous lisons dans l'*Exposé des Motifs* du Code civil suisse cette singulière déclaration de M. Huber : « L'aveu du père n'est qu'un « simple moyen de preuve fourni au juge et qui ne pourra « jamais être assimilé à la reconnaissance volontaire ou « aux circonstances spéciales du crime ou de l'abus d'autorité » (1). Comment peut-on raisonnablement soutenir qu'un fait de séduction est plus démonstratif de la paternité que l'affirmation même du père ? Ainsi, nous ne constatons qu'incohérence, contradiction, illogisme. Comme l'a parfaitement fait remarquer M. Galopin, le savant professeur de l'Université de Liège, dans les cas les plus favorisés (ceux de l'article 340, action d'état), il ne s'agit tout de même que de preuves purement morales, d'une certitude toute subjective et dans les cas de la seconde catégorie, cette certitude subjective peut être inspirée au juge avec la *même force* que dans les cas de possession d'état, d'enlèvement ou de viol (2). Tout dépend des circonstances de la cause ; ce sont, avant tout, des questions d'appréciation et d'espèces. La preuve n'est-elle pas parfaite quand l'enfant a réussi à établir l'habitude et la notoriété des relations charnelles pendant la période critique et que le père prétendu n'a pu se défendre d'aucune manière, ni opposer avec succès aucune des exceptions d'inconduite ou d'infidélité ? Ainsi « chaque espèce soulève la « même question, provoque la même critique, sans qu'on « puisse en donner un motif rationnel » (3).

(1) Huber, *Exposé des Motifs du C. civ. suisse, loc. cit.*

(2) Galopin, *op. cit.*, n° 70, p. 50.

(3) Champcommunal, *loc. cit.*, p. 104. — Cet auteur s'efforce de découvrir le critère de la dualité de régime ; il croit d'abord de trouver dans le fait que le père a manifesté sa volonté de faire entrer l'enfant dans sa famille (cas d'aveu, possession d'état). Déjà l'hypothèse du concubinage devient embarrassante. Il paraît difficile de déterminer la véritable intention des parties. Mais ce critérium paraît bientôt insuffisant ; en effet, les cas de séduction

Il apparaît donc que la considération de la valeur de la preuve a été secondaire dans l'esprit du législateur et qu'elle n'est qu'un prétexte. Et, en effet, nous sommes d'avis que cette solution du problème de la recherche de la paternité n'est nullement une création personnelle et originale, mais qu'elle a été *dictée* par les circonstances. Il est facile de le démontrer.

Ainsi, en Suisse, avant la promulgation du Code, les législations cantonales, nous l'avons maintes fois constaté, étaient partagées entre les deux grandes conceptions de la paternité avec conséquences d'état et de la paternité alimentaire. Ce dernier système a été adopté par les cantons du nord de la Suisse, pénétrés de l'esprit germanique; quant aux cantons de l'ouest, subissant l'influence française, ils ont interdit, en principe, la recherche de la paternité et ne l'ont permise que dans des hypothèses exceptionnelles; mais il établissaient alors un véritable lien de filiation avec toutes ses conséquences normales, entre le père et l'enfant naturel. Enfin, il convient de ne pas oublier qu'un groupe important de législations cantonales consacraient, depuis des siècles, un régime de faveur à l'égard des enfants de fiancés (*Brautkinder*). Or, si le législateur fédéral a aboli toute distinction entre les enfants naturels, du moins il ne pouvait supprimer brutalement la très ancienne tradition germanique relative aux *Brautkinder*; et il faut, sans doute, voir dans la faveur accordée par le Code civil suisse aux enfants qui invoquent l'existence d'une promesse de mariage, un vestige de cet antique usage. Ainsi, dans ce pays de hautes montagnes, avec ses barrières de lacs et de glaciers inaccessibles, les relations avec le monde extérieur sont fort rares; les coutumes y conservent longtemps toute leur pureté, toute leur originalité et toute leur force

qualifiée et d'acte criminel ne peuvent rentrer dans ce classement. Il faut donc avoir recours à une nouvelle idée, et supposer que, lorsque la grossesse est accompagnée d'actes graves, la société trouve dans ce fait un motif d'intervention. Mais, à la fin, toutes les hypothèses rentrent dans la première catégorie, où le rapport de famille est établi; la seconde catégorie n'a plus de raison d'être. Quels que soient les efforts tentés et l'ingéniosité déployée, ce système reste toujours aussi factice et aussi peu satisfaisant.

premières. Elles se sont vigoureusement implantées dans la conscience populaire et sont le reflet des mœurs et de la vie des habitants qui les reçoivent de toute la lignée de leurs ancêtres, comme un héritage sacré. « Les législations cantonales, dit M. Terlinden, issues de coutumes ou de traditions séculaires, calquées souvent sur des législations étrangères et empreintes toujours d'un particularisme farouche, n'étaient pas faites pour faciliter un aliage » (1). En présence de mœurs si dissemblables, de sentiments si divers, de tendances si opposées, quelle devait donc être l'attitude du législateur fédéral ? Il devait pour aboutir, faire œuvre de conciliation, et agir avec tact et mesure : il lui fallait réaliser l'unification du droit de la Suisse, mais en ayant soin de ne pas blesser les usages invétérés et les coutumes respectables des habitants des divers cantons et aussi de tenir compte des exigences des principes juridiques modernes et du progrès des idées. Cette méthode de conciliation et d'éclectisme, qui exigeait tant de finesse et de délicatesse, devait présider à la confection du Code civil suisse : le législateur fédéral ne pouvait, d'ailleurs, pas faire choix d'une autre ; celle-ci lui était impérieusement imposée par les circonstances. « Il fallut fondre, en un harmonieux ensemble, le plus extraordinaire *kaléidoscope législatif* qui se soit jamais rencontré depuis que le monde est monde, et de ces éléments *disparates*, accommodés au gré des mœurs parfois encore primitives ou sauvages, faire une œuvre d'ensemble acceptable par tous » (2). Voilà bien la vérité : il faut faire une œuvre acceptable par tous. Dès lors, le meilleur moyen, c'est de consacrer, dans le Code, les diverses solutions proposées par les lois cantonales ; ainsi, ces dernières, se rattachant, à propos de la question qui nous occupe, tantôt à la conception latine, tantôt à la conception germanique, le mieux est d'adopter à la fois ces deux systèmes et de faire à chacun une part dans le Code. Ainsi les habitants des divers cantons sont pleine-

(1 et 2) Terlinden. Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée des tribunaux belges le 1^{er} oct. 1912, p. 5.

ment satisfaits, car ils reconnaissent au moins partiellement, dans la loi commune, les dispositions spéciales de leurs lois particulières. L'unification est réalisée, mais non pas au détriment des coutumes et des usages locaux. Une telle solution est assurément idéale pour le pays auquel elle est destinée ; mais elle n'a, en soi, et au point de vue législatif, aucune valeur.

Quant à la Belgique, est-il besoin de rappeler les avatars de la loi du 6 avril 1908 ? On sait que le projet soumis à la Chambre des Représentants et adopté par elle consacrait le système latin ; il prévoyait un certain nombre de cas dans lesquels la recherche de la paternité était autorisée, et faisait produire au jugement déclaratif de filiation les mêmes effets qu'à la reconnaissance volontaire. Par contre, visiblement influencée par le rapport de M. Haléwyck qui avait étudié sur place le fonctionnement du système germanique, la commission de justice du Sénat avait élaboré un projet qui se ralliait à cette dernière conception et n'accordait à l'enfant naturel, judiciairement reconnu, qu'une pension alimentaire. Ainsi la Chambre et le Sénat se renvoyèrent longtemps leurs projets respectifs, *en restant* sur leurs positions. Mais, sous peine d'éterniser le débat et de faire échouer la réforme de l'article 340, il fallut songer à transiger. On adopta, en principe, le projet du Sénat, mais on posa cette condition que, afin d'éviter un injustifiable recul dans la législation, l'action en recherche de paternité avec conséquences d'état serait permise dans les cas d'attentat criminel commis sur la personne de la mère, et de possession d'état. Ainsi fut élaborée la loi du 6 avril 1908. Il est donc manifeste qu'elle aussi ne consacre pas un système original, librement et mûrement composé. Il n'est, en Belgique comme en Suisse, qu'une formule de transaction, de conciliation entre des tendances et des opinions divergentes. Pour employer le mot de M. Renkin, alors ministre de la Justice, c'est « *un système d'expédient, ce n'est pas un système juridique* » (1) ; il renferme d'insolubles contradictions. Et

(1) Renkin. Chambre belge, 1907, n° 254, p. 231.

son prédécesseur au ministère de la Justice, M. Van den Heuvel, s'effrayant aussi de voir adopter une solution qui « rompait l'harmonie générale du Code et marquait un « désaccord entre les mœurs et la mentalité » du peuple belge, concluait en ces termes : « N'est-ce pas nous préparer une législation bigarrée, à la façon d'un habit composé d'étoffes aux couleurs différentes, partie aux couleurs germaniques, partie aux couleurs françaises ? » (1). Assurément, il y a là un manque de goût, d'harmonie, et les auteurs belges sont les premiers à le reconnaître et à le déplorer. Ils espèrent bien que cette loi provisoire, à moitié manquée, qu'il a fallu accepter de peur de ne rien obtenir, sera quelque jour remaniée et complétée ; et le rapporteur, M. Colaert, n'est pas éloigné de croire, avec certains membres du Parlement, qu'« un jour, le Sénat revienne au projet de la Chambre » (2) (c'est-à-dire au système latin).

On pourrait encore — mais est-il besoin de compléter cette lumineuse démonstration ? — expliquer l'adoption de cette solution hybride par des considérations ethniques. Il semble bien que, si des pays comme la Belgique et la Suisse ont hésité sur le choix de la conception à laquelle ils devaient se rallier, c'est que, dépourvus d'une individualité propre, ils ont subi à la fois les influences contraires des pays latins et des pays germaniques. Chaque race fait, produit son droit : nous venons d'insister longuement sur ce point. Or, précisément, dans des États tels que la Belgique et la Suisse, il n'y a pas unité de race, il n'y a pas un type belge, un type suisse ; ce sont des régions où les races, sans cependant se mêler, vivent les unes à côté des autres, en conservant jalousement leurs mœurs et leurs usages. Il ne peut donc pas y avoir unité de conception juridique, car l'esprit, les tendances, les sentiments sont divers.

Ainsi se trouve confirmée, une fois de plus, cette grande vérité, trop longtemps méconnue, que la législation d'un

(1) Van den Heuvel. Sénat belge 1907, n° 164, p. 166, 1^{re} col.

(2) Colaert, 2^e rapport à la Chambre, 1907, n° 243, p. 225, 2^e col.

pays dépend du caractère, de la mentalité, du génie de la nation, c'est-à-dire de la race. C'est pourquoi là où nous rencontrons l'unité de race, comme en France, en Espagne, en Italie, nous trouvons une conception unique et cohérente du droit. Cette loi sociologique se vérifie également en Allemagne, en Suède, en Norvège, au Danemark, en Autriche, où, de la race commune, s'est dégagée une conception commune. Au contraire dans les pays où il y a diversité de races, comme en Suisse et en Belgique, il y a diversité de tendances ; chaque race voulant imposer à l'autre sa conception particulière, le législateur est contraint, dans un but de conciliation, de faire, dans la loi, une part à chacune. On range d'ordinaire la Belgique parmi les pays latins, mais on sait qu'elle se laisse de plus en plus gagner à l'influence allemande. Sans doute le Code Napoléon constitue toujours le fond du droit belge, mais les Allemands, qui se répandent en grand nombre dans le pays, y importent, peu à peu, leurs idées, leurs mœurs et leur esprit, et y façonnent, insensiblement, les Belges. D'ailleurs, bien que le Code civil allemand de 1900 ait eu un retentissement infiniment moindre que celui du Code Napoléon, il n'est cependant pas douteux qu'il s'impose à l'attention des législateurs modernes. On sait enfin que la Belgique se divise assez nettement en deux races : au Sud la race wallonne, qui parle le français ; au Nord, la race flamande, de dialecte germanique. Quant à la Suisse, on y rencontre les races les plus diverses, les types les plus différents : la preuve en est dans la multiplicité et la variété des coutumes locales. Aujourd'hui encore, la diversité de ces races qui vivent côte à côte, mais ne fusionnent pas, n'est-elle pas reconnue officiellement, par ce fait que le Code civil suisse est rédigé dans les trois langues en usage dans la Suisse : le français, l'allemand et l'italien ? Non seulement les races diffèrent, mais les mœurs, les croyances, les occupations, les métiers des habitants des divers cantons sont des plus dissemblables. « Les cantons
« suisses, dit M. Terlinden, nous apparaissent encore
« comme une association de tribus, séparées par une infi-
« nité d'obstacles... Quel abîme entre les sentiments, l'état

« d'âme, les aspirations, les besoins de l'ouvrier industriel
« de Saint-Gall, de l'agriculteur de Soleure, des bourgeois
« de Lucerne et de Genève ou du pâtre du Valais? » (1).
Comment donc réaliser l'unité législative dans un tel pays?
Que d'ingéniosité, de tact, de souplesse n'a-t-il pas fallu déployer pour élaborer un Code civil commun ! Mais si la loi est, aujourd'hui, unique pour toute la Suisse, c'est qu'elle a donné l'hospitalité aux conceptions les plus diverses et que, par un large éclectisme, elle a permis aux habitants des divers cantons de conserver, au moins en partie, l'esprit de leurs coutumes séculaires. Et, somme toute, l'unité est plus apparente que réelle.



Ainsi, deux conceptions originales restent en présence : la conception latine qui, organisant la filiation naturelle sur le type de la filiation légitime, accorde des droits étendus aux enfants nés hors mariage, mais, par contre, n'autorise que dans des hypothèses limitativement déterminées la recherche de la paternité ; et, d'autre part, la conception germanique qui, réglementant la filiation naturelle d'après un type propre, ne donne aux enfants illégitimes que le droit de réclamer des aliments à leur père, mais leur ouvre largement l'action en recherche de paternité.

Il va donc s'agir, pour nous, de faire abstraction des solutions de détail, que nous avons étudiées dans les parties précédentes de ce travail et de mettre en parallèle, avec leurs avantages et leurs inconvénients réciproques, les deux grands systèmes entre lesquels se partagent les législations modernes. Cette question mérite d'autant plus de retenir l'attention que la conception germanique — si l'on en juge par certaines tentatives — fait effort pour s'implanter dans les pays latins. Et, précisément, en étudiant de près ce système, et surtout en essayant d'en dégager l'esprit, nous voudrions montrer que cet effort

(1) Terlinden, *loc. cit.*

est vain et condamné à l'insuccès. Il ne faudrait cependant pas croire que nous défendons la conception latine, poussé par le sentiment d'un chauvinisme exagéré et déplacé ; mais, dominé par les idées que nous développons dans les premières pages de ces conclusions, nous voulons seulement montrer que la solution germanique, qui est très favorablement accueillie dans les pays d'où elle est issue, ne saurait être importée dans nos pays latins, parce qu'elle se trouve en contradiction flagrante avec nos sentiments, notre caractère, nos aspirations et l'ensemble des dispositions de notre droit relatives à la filiation naturelle. En matière juridique, il est impossible de conserver jusqu'au bout l'attitude objective qui est, par excellence, l'attitude scientifique nécessaire aux exposés impartiaux et aux recherches fécondes ; c'est cette méthode que nous avons le plus fréquemment suivie dans les deux premières parties de ce travail ; mais, en droit, on ne saurait en rester là, l'œuvre serait incomplète, car le droit est fait pour la vie, pour l'action ; il nous offre des solutions entre lesquelles nous devons opter ; or, pour prendre parti, non seulement il faut connaître, mais encore il faut juger ; et, quand on juge, le point de vue subjectif devient nécessairement prépondérant.

La question étant ainsi posée, demandons-nous quels sont les avantages de la solution donnée au problème de la filiation illégitime par les législations germaniques. L'un des plus appréciables est de rendre plus facilement *accessible* à tous l'exercice de l'action en recherche de paternité, plus aisé et plus rapide le succès des revendications des enfants naturels. En effet, si les droits qu'ils obtiennent sont de minime importance, en revanche tous les modes de preuve sont largement ouverts aux réclamants. Ainsi que nous l'avons maintes fois remarqué au cours de cette étude, la difficulté de la preuve est toujours en raison inverse de l'étendue des droits conférés. Dans le système germanique, l'enfant naturel ne reçoit qu'une pension alimentaire ; il faut donc assurer au plus grand nombre d'enfants ce minimum de droits ; et, pour atteindre ce résultat, on ne réclame d'eux que le mini-

mum de preuves. Ils ont seulement à établir que le père prétendu a cohabité avec la mère pendant la période légale de la conception, et cela par toutes les voies de droit sans aucune restriction. Par suite, l'une des plus graves objections que soulève la recherche de la paternité, la crainte du scandale et du chantage, tombe d'elle-même. Le demandeur, même quand il triomphe dans ses revendications, ne retire jamais de l'affaire que de médiocres avantages. L'action présente donc peu d'attraits, elle a, par suite, moins de chances de séduire quelque maître-chanteur, qui ne se risque pas ainsi, dans l'espérance, très incertaine, de recueillir un maigre profit, à se lancer dans une aventure dont l'issue est très aléatoire. Mais, de plus, une erreur judiciaire, une fausse attribution de paternité, ne présente, dans ce système, que des inconvénients peu graves. Nous avons vu que le taux de la pension alimentaire était d'ordinaire fort peu élevé. D'ailleurs, le défendeur, condamné à tort, s'il n'est pas le véritable père de l'enfant, s'est, d'ordinaire, mis dans le cas de l'être. Il n'y a donc que demi-mal à faire supporter à un homme les conséquences d'un acte qui a été réellement accompli par lui, mais qui, par suite de quelque hasard ou de quelque indigne manœuvre, n'a pas produit ses effets naturels et normaux. Et c'est ainsi que, lorsqu'on a voulu développer et pousser à l'extrême la conception germanique, on a abouti à la théorie du risque de paternité qui est tout à fait dans la logique du système et qui ramène, par un curieux retour des institutions juridiques, à l'idée aujourd'hui si étrange, d'une condamnation solidaire de tous les concubins. Aussi, les législations, qui ont adopté ce point de vue, n'ont-elle pas senti la nécessité de prendre des mesures spéciales pour réprimer le chantage, ni de restreindre la liberté de la preuve testimoniale pour prévenir les fraudes. L'accès du prétoire est libre, les voies de droit sont largement ouvertes.

Cette conception présente cet autre avantage d'éviter l'exclusion regrettable de toute une catégorie importante d'enfants naturels du bénéfice de la loi, les *enfants adultérins et incestueux*. Nous avons, en effet, constaté que les

pays civilisés reconnaissent, aujourd'hui seulement, à l'enfant naturel le droit pourtant essentiel et primordial de tout être humain à la vie. Il est à peine croyable de penser que, jusqu'à ces dernières années, dans la plupart des grands pays européens, ce droit était refusé aux enfants naturels non reconnus qui, n'étant pas admis à rechercher leur filiation paternelle, ne pouvaient réclamer l'entretien de la vie à celui qui la leur avait imposée. Aujourd'hui encore, sous prétexte de sauvegarder l'union et la dignité du mariage et d'éviter les scandales, les législations latines font interdiction aux enfants adultérins et incestueux d'établir leur filiation ; ces derniers ne peuvent obtenir des aliments qu'accidentellement. Mais les législations germaniques, accordant à l'enfant naturel une simple pension alimentaire temporaire, et lui refusant tout accès dans la famille légitime, fondée sur le mariage, n'hésitent pas à permettre à tous les enfants illégitimes, sans distinction, d'exercer l'action en recherche de paternité. Car, en vertu de cette même loi sociologique, qui apprécie la difficulté de la preuve en considération de l'étendue des droits, le nombre des enfants naturels appelés à exercer l'action est en raison inverse de l'importance des effets attachés au jugement.

Enfin, les partisans de la conception germanique font valoir, à l'appui de leur système, cette idée qu'il favorise le dénouement *amiable* des contestations. En effet, on a, d'ordinaire, organisé une procédure rapide et discrète, qui se déroule devant un juge unique ; elle a le double avantage de permettre au défendeur de régler cette affaire délicate dans le secret du cabinet d'un magistrat conciliateur, et d'aboutir, dans un grand nombre de cas, à un arrangement favorable aux intérêts des deux parties. Au contraire, toute transaction est interdite en matière d'état, et ne le fût-elle pas, on conçoit difficilement la possibilité de confier à un président de tribunal le rôle singulier d'essayer d'obtenir le désistement du demandeur, en lui offrant, à la place d'un état civil, une somme d'argent. D'ailleurs, quand il s'agit d'une question de filiation, l'importance de l'enjeu accroît les exigences et l'audace du

demandeur qui, s'apercevant que l'autre partie cherche à transiger, serait enclin à faire du chantage.

Ainsi, dans le système germanique, l'enfant ne peut prétendre qu'à des droits très restreints, mais toutes facilités lui sont accordées pour présenter et faire aboutir ses revendications. Pour la masse des enfants naturels, l'action alimentaire paraît donner complète satisfaction. Qu'ont-ils besoin d'autre chose ? déclarent les défenseurs de ce système. Sans doute, ils n'ont pas le droit de porter le nom de leur père, mais c'est là une satisfaction toute platonique ! D'ailleurs le Code civil allemand n'accorde-t-il pas au mari de la mère le droit, la facilité de donner son nom à l'enfant naturel de sa femme (1) ; et, d'autre part, en Belgique, n'a-t-on pas considéré comme « irrationnelle et peu juridique » (2), la prétention de l'enfant reconnu judiciairement, de prendre le nom du père auquel il a été attribué ? Le changement que subirait, à la suite d'une action en recherche de paternité, le nom de l'enfant naturel, ne saurait effacer la tare qui flétrit sa naissance et ne ferait qu'attirer l'attention sur sa situation irrégulière. D'ailleurs l'enfant illégitime est assuré d'un état civil, puisqu'il porte d'office le nom de famille de sa mère. Enfin, il y a un grave inconvénient à lui permettre d'usurper le nom de la famille légitime, car, outre le préjudice moral qui peut en résulter, cette solution « accroît encore l'irritation des familles qui considèrent leur nom comme une propriété collective » (3).

Mais, dira-t-on, l'enfant perd le droit appréciable d'entrer dans la famille de son père ! C'est là une faveur qui n'est guère enviable, répondent les partisans de la conception germanique. Car si l'honneur d'être admis comme membre d'une famille confère certains droits, il impose également de lourdes obligations. En fait, l'exercice de ces droits est absolument illusoire ; « dans l'état actuel de nos mœurs, l'introduction d'un enfant naturel dans une

(1) Voy. C. c. all., art. 1706, 2^e al. — Cf. notre travail, page 567.

(2) Colaert. Rapport à la Chambre, n^o 10, p. 14.

(3) Rapport au Sénat belge, n^o 96, II, p. 121, 2^e col.

« famille constituée, pour celle-ci, une humiliation et une « déchéance. Prononcée par jugement, elle est regardée « comme une flétrissure judiciaire » (1). L'enfant force l'entrée de la famille qui le considère comme un intrus et ne lui ménage pas les marques de son ressentiment et de son mépris. Quant au père, il acquiert sur l'enfant naturel le droit considérable et redoutable de la puissance paternelle, et sur le patrimoine personnel de celui-ci les droits importants de jouissance et d'administration. Quels abus ne peut-on pas redouter de la part d'un père qu'une action judiciaire doit rappeler au sentiment du devoir le plus sacré. C'est à cet homme, dont le cœur est ulcéré par un douloureux et humiliant procès, qu'est conférée l'autorité paternelle, c'est à celui qui a fait preuve d'une lâcheté révoltante qu'est confiée la mission, délicate entre toutes, de former une âme d'enfant, mission qui réclame de celui qui en est chargé tant de dignité, d'amour et de dévouement ! Pourquoi donc arracher ce malheureux enfant à une mère qui l'entoure de tant de soins et qui lui a, peut-être, par un sublime sacrifice, consacré sa vie, oubliant qu'il était le signe vivant de sa faute et qu'il perpétuait sa honte. Ce cœur de femme, rénové par l'amour maternel, ne va-t-il pas se briser quand le père, usant de représailles, lui ravira brutalement, dans le seul but d'assouvir sa haine, l'enfant qu'il avait lui-même renié ! Nous avons vu que, redoutant ces abus (2) le législateur germanique a refusé, en principe, au père, le droit d'élever son enfant naturel dans sa maison. Les parties peuvent cependant en décider autrement ; mais pareil accord n'est valable que du consentement de la mère du mineur qui tient de la loi même le droit de l'élever, de le soigner et de l'éduquer ; le tribunal des tutelles doit lui-même donner son autorisation.

Ces craintes ont particulièrement ému les milieux *féministes* et n'ont pas peu contribué à l'enthousiasme avec lequel ils ont accueilli le système de l'action alimentaire

(1) Rapport au Sénat belge, n° 96, p. 122.

(2) *Motifs du C. c. all.*, t. IV, p. 898.

en France et en Belgique. C'est peut-être d'ailleurs plutôt le cœur de la femme que la raison de l'adepte du féminisme qui a parlé en l'occurrence. Écoutons, par exemple, M^{lle} Marie Parent, présidente de l'une des plus importantes unions féministes belges : « N'est-il pas à craindre, dit-elle, que le père ne se venge sur l'enfant innocent des charges qu'on lui impose malgré lui ? Et quel sera le désespoir de la mère si, usant de son droit, il lui arrache l'enfant qu'elle a nourri et élevé et qui, jusqu'alors, n'a connu d'autre affection que la sienne... La plupart des mères ne demandent pas mieux que de garder leurs enfants à condition qu'on les aide à les élever » (1). Et M^{me} Gilain : « Si les femmes avaient eu voix au chapitre, elles auraient fait un autre projet que celui de la Chambre (belge) : elles ont, avant tout, en ce qui les concerne, l'esprit des nécessités pratiques. Ce sont des mères, des ménagères, en même temps que des citoyennes. Qu'on leur laisse l'enfant, comme le propose la commission au Sénat, avec le soutien nécessaire à son éducation. Voilà la bonne formule » (2). M^{lle} Van den Plas émet le même avis : « Un père, qui marchande, qui renie sa paternité, ne saurait se conduire en père. Il ne mérite pas d'en avoir les droits. Il serait plus juste de lui en imposer seulement les charges » (3). Il est manifeste que c'est surtout la crainte de se voir arracher leur enfant qui effraie les féministes, et c'est ce souci qui dicte leurs préférences. Cependant, leurs protestations et leurs opinions méritent de retenir l'attention, car il n'en est pas de plus intéressées au débat.

Le Conseil national des femmes françaises, qui compte 37.000 adhérentes, a donné son approbation à un projet, qui fut déposé sur le bureau de la Chambre, en 1903, par MM. Sembat, Allard, etc., et qui consacrait le principe de l'action alimentaire. Dans une conférence qu'il faisait, en

(1) M^{lle} Marie Parent. Conférence reproduite dans le *Bulletin de la Ligue des droits de la femme*, 1906.

(2 et 3). Cités par M. Picard. Sénat belge, n° 167, p. 169, 2° col. et Rapp. au Sénat, n° 96, p. 122.

1904, devant un auditoire de féministes, M. J. Bonzon concluait en interprétant les sentiments de l'assemblée : « Il « nous suffit d'obtenir l'essentiel : le pain pour l'enfant. « La seule paternité, qui nous agréée ici, c'est la paternité « alimentaire » (1). Les femmes s'offrent donc à élever elles-mêmes et à soigner leurs enfants ; elles réclament même énergiquement ce droit, qui est en même temps pour elles un devoir. Il faut leur savoir gré de cette belle manifestation de leur amour maternel : on ne pouvait moins attendre de leur inlassable dévouement. Mais il faut qu'elles aussi se montrent dignes du rôle qu'elles revendiquent : or, c'est l'un des plus difficiles à bien remplir. Sans doute, dans la grande majorité des cas, elles s'acquittent de cette mission avec un tact, une patience, une douceur dont est seul capable un cœur de mère ; mais, malheureusement, il y a aussi des mères indignes de ce nom qui, par leur insouciance, leur inconduite, leurs désordres, compromettent la santé et la moralité de leurs enfants ; est-il besoin d'ajouter que précisément les filles-mères n'offrent pas à cet égard de bien sérieuses garanties. Au reste, le législateur allemand l'a parfaitement compris. Les rédacteurs des « Motifs » ne sont pas tendres envers les mères naturelles ; elles manquent de fermeté, de bonne volonté (güten Willen) et de sérieux (Ernst) disent-ils ; ce sont des femmes à l'esprit léger (leichtsinnig) souvent dépensières, elles gaspilleraient l'argent de la pension et la fortune personnelle de l'enfant (2). Par suite, il faut leur refuser d'office sans distinction, le droit de puissance paternelle, sur la personne et les biens de l'enfant ; c'est tout au plus si l'on confère par faveur la tutelle à la fille-mère, qui offre de bonnes garanties de moralité et de capacité. La stricte logique eût exigé que l'on retirât également à la mère naturelle le droit d'élever, d'éduquer et de surveiller son enfant : s'il est dangereux de lui confier la gestion de ses

(1) J. Bonzon. Conférence faite le 29 mars 1904 à Vals-les-Bains. Préface de M^{me} d'Abbadie d'Arrast, p. 39.

(2) Cf. *Motifs du C. c. all.*, IV, p. 860 seq. — *Protokolle*, p. 6190. — *Bericht*, p. 159, 160.

revenus, combien l'est-il plus encore de lui abandonner la personne de l'enfant ! Un auteur allemand, dont nous avons déjà cité les paroles, avait relevé l'inconséquence du système (1). Mais, sur ce point comme sur tant d'autres, les exigences de la logique et celles de la vie se contredisent nettement : en effet, c'eût été compromettre gravement la vie du nouveau-né que de l'arracher au sein qui le nourrit ; d'ailleurs, le législateur a confiance, pour réprimer les abus, dans la sagesse du tribunal des tutelles qui, grâce à ses pouvoirs étendus, peut exercer un contrôle efficace. Quoi qu'il en soit de cette question de détail, il faut bien convenir que le système germanique ne s'est pas montré particulièrement généreux et bienveillant à l'égard des filles-mères. Il les traite plutôt durement. Il ne leur accorde en fait de pouvoirs que ceux qu'il ne peut leur retirer dans l'intérêt de la vie de l'enfant. Ce sont, d'ailleurs, plutôt des obligations qu'il leur impose que des droits qu'il leur confère. Mais alors d'où vient cet engouement des féministes pour la solution germanique ? N'en faut-il pas chercher la cause dans leur désir de conserver vers elles leur enfant ? Et précisément le système de la paternité alimentaire assurée, d'une façon à peu près constante, aux filles-mères la garde de l'enfant : c'est là une faveur à laquelle elles sont d'ordinaire très sensibles. En outre, l'action étant largement ouverte et son succès relativement facile, les mères naturelles ont toutes chances d'obtenir l'aide pécuniaire nécessaire à l'entretien de leur enfant. « Les féministes, » dit M. Picard (2), qui paraît avoir fort bien pénétré leur « pensée, sont préoccupées de conserver l'enfant à la mère. « Dans le système absolu de la Chambre des Représen- « tants (système latin), l'enfant ne lui appartient pas ex- « clusivement. Le père aura sur lui une demi-autorité. « Alors, par exemple, se posera la question de savoir si ce « n'est pas plutôt à lui qu'il appartiendra de diriger l'édu- « cation, de choisir la religion, de déterminer le choix de « la profession... Que de mères reculeront devant l'éven-

(1) Voy. Dernburg, t. IV, § 87, p. 279, note 5.

(2) Picard. Sénat belge, 1907, n° 167, p. 169, 2° col.

« tualité de perdre la garde exclusive de leur enfant ; car
« si la filiation et la paternité sont établies, le père aura
« des droits sur l'enfant ; il pourra le réclamer en partage.
« Que de mères préféreront renoncer à l'indemnité, si elle
« amène de tels ennuis, de telles complications ! »

Enfin le droit le plus important dont est privé l'enfant naturel dans le système germanique, c'est le droit de succession *ab intestat*. Et certes on ne saurait dire que c'est là un droit illusoire, un droit platonique ! C'est, au contraire, l'avantage le plus considérable que peut acquérir l'enfant naturel, qui a fait établir sa filiation. Mais les défenseurs du système de la paternité alimentaire ont réponse à tout : d'abord, disent-ils, ce droit sera, la plupart du temps, annihilé par l'existence de mesures de protection de la famille légitime, telles que l'article 337 du Code civil français. Et puis, n'y a-t-il pas une foule de moyens de dénaturer son patrimoine, de faire certains arrangements afin d'éviter qu'une fraction quelconque du patrimoine ne tombe aux mains d'un enfant imposé par autorité de justice ? Enfin, dans les législations germaniques, l'enfant naturel reçoit une belle compensation, puisqu'il est assimilé à un enfant légitime dans la famille de sa mère et, par suite, est appelé à recueillir le patrimoine de celle-ci et de ses parents. Tout est donc pour le mieux dans le meilleur des mondes possibles. Mais on s'est montré peut-être un peu trop optimiste. On a fait voir seulement le côté séduisant du système, en laissant très habilement dans l'ombre ses imperfections. On a maquillé complaisamment la réalité : l'article 337 n'aura pas toujours lieu de s'appliquer, et il n'est pas toujours très facile de faire disparaître une partie de son patrimoine. Mais de plus, quelles espérances l'enfant naturel peut-il concevoir dans la succession de sa mère et de ses parents maternels, alors que tout le monde sait bien que l'énorme majorité des mères naturelles se recrute parmi les filles du peuple, plus libres, moins surveillées, plus sollicitées que les filles de la bourgeoisie ? Et, par contre, la plupart des séducteurs ne sont-ils pas des jeunes gens aisés, des célibataires oisifs, des patrons sans

scrupule, qui exercent sur les ouvrières et les employées une irrésistible attraction, parce qu'ils ont sur elles le privilège de la fortune et de l'instruction, et qu'ils peuvent satisfaire leur vanité et leurs caprices. Les bergères rêvaient jadis d'épouser le beau prince qu'elles avaient vu passer dans un brillant équipage. Quelle petite ouvrière ne caresse pas l'espoir de se marier un jour avec le séduisant jeune homme, qui l'attend le soir à la porte de l'atelier ? Dans ces conditions, n'est-ce pas leurrer indignement l'enfant naturel que de lui offrir, en compensation de droits qui lui sont refusés dans la riche succession de son père, une place d'enfant légitime dans la famille d'une mère, dépourvue de fortune, parfois misérable ?



Tels sont, brièvement exposés, les avantages et les inconvénients du système germanique de la paternité alimentaire. Nous avons noté, au passage, l'adhésion que lui avaient donnée les associations féministes ; et nous avons cru découvrir la véritable raison de leur attitude. Mais cette conception a également reçu l'approbation du parti *socialiste*. Le 2 juillet 1905, MM. Sembat, Allard, Coutant, Vaillant, etc., saisissaient la Chambre des députés d'un projet de loi sur la recherche de la paternité (1). On y prévoyait trois modes de preuve : d'abord la preuve par écrit de la paternité, à son défaut un ensemble de présomptions graves, précises et concordantes (2) art. 1 du projet, 2^e et 3^e al.). Enfin « la possession faisait preuve par elle seule, « sauf le droit pour le père prétendu de produire tous les « moyens propres à établir que l'enfant, traité comme

(1) Cf. *J. Off.*, Ch. des Députés. Doc. parl. 1905, p. 292, annexe n° 1142. — On peut citer, dans le même sens, une proposition émanant d'un comité extraparlémentaire, constitué sous la présidence de M. Coulon, en vue de la réforme du mariage. — Cf. en Belgique, le projet Vandervelde.

(2) Cf. projet Rivet, Ch. des Dép. Doc. parl. 1883, p. 999, n° 1935, art. 1^{er}. « Preuve écrite, faits constants, témoignages suffisants », mais au jugement étaient attachées des conséquences d'état.

« sien par lui, était étranger ». C'était donc, avec un semblant de réglementation, la liberté complète de la preuve testimoniale en matière de recherche de paternité. Naturellement, afin de ne pas effrayer les esprits timorés et de faire accepter plus aisément la réforme, on ne réclamait, pour l'enfant ainsi reconnu, que le paiement jusqu'à sa majorité d'une pension alimentaire, déterminée selon les ressources du père (art. 2). Au décès de celui-ci, la pension alimentaire est prélevée sur la succession. Mais, si la constatation judiciaire de paternité n'impose au père qu'une obligation insignifiante, par contre, elle ne lui confère absolument aucun droit sur l'enfant (art. 2). D'ailleurs, la doctrine socialiste ne conçoit pas la puissance paternelle telle que l'admet le Code civil ; elle ne reconnaît de façon générale au père aucun droit sur la personne de l'enfant ; il a seulement le devoir de le nourrir et de l'entretenir jusqu'à ce qu'il soit capable de se suffire à lui-même, ou d'indemniser l'Etat, quand c'est celui-ci qui se charge d'élever l'enfant. Enfin, l'action en recherche de paternité, dont l'exercice n'est soumis à aucun délai, est admise même au cas où elle aboutirait à la constatation d'une filiation adultérine ou incestueuse (art. 3).

Cette proposition de loi n'était, paraît-il, que la traduction législative d'un vœu formulé par M^{me} Oddo Deflou (1), au Conseil national des femmes françaises, en 1902. D'apparence très bénigne, elle n'avait d'autre but, d'après ses auteurs, que de consacrer par un texte la jurisprudence, qui s'est formée autour de l'art. 340 (2). Cependant, si l'on y regarde d'un peu plus près, elle contient de notables innovations. D'abord, elle place l'enfant en présence du père, contrairement à la jurisprudence antérieure, qui n'accordait de droits qu'à la mère ; puis, elle n'exige aucune garantie quant à la preuve des faits, pas même un commencement de preuve par écrit : on ne re-

(1) Cf. confér. Bonzon, *déjà cité*.

(2) Cf. Perreau, *Rev. critique*, 1906, p. 303 et suiv. — Lerebours-Pigeonnnière, *Rev. trimestrielle*, 1905, p. 936 et suiv.

cherche donc seulement que le père possible. Il est vrai que le défendeur condamné n'est astreint qu'au paiement d'une pension alimentaire temporaire. Mais il n'en reste pas moins vrai que le fondement de cette obligation d'aliments repose sur un lien de filiation constaté par jugement. Or, la jurisprudence prenait grand soin de ne pas trancher la question de paternité. Ceci n'est pas indifférent. « Il est toujours grave, dit M. Lerebours-Pigeonnière, d'affirmer la paternité d'un homme, et ce n'est pas la même chose pour un homme d'être condamné pour avoir contribué à la chute d'une femme ou d'être déclaré formellement le père de l'enfant. Une telle déclaration implique, pour qui sait les comprendre et les assumer, au moins des devoirs de conscience plus étendus ; elle a donc au regard de l'opinion publique une portée grave » (1). Enfin, l'innovation la plus considérable que contenait ce projet, c'était l'ouverture de l'action en paternité aux enfants adultérins et incestueux. Voilà la grande réforme que rêve de réaliser depuis longtemps le parti socialiste, en France et en Belgique. Rien de plus ingénieux que de la faire passer sous le couvert d'une loi générale sur la recherche de la paternité. Mais ce stratagème, un peu grossier, était facile à éventer. Personne n'ignore que la doctrine socialiste se refuse à établir des différences dans la situation juridique des enfants naturels ; pourchassant les inégalités et les injustices sociales, elle ne saurait souffrir que les enfants illégitimes reconnus volontairement eussent des droits étendus et que les autres, victimes de la lâcheté de leur père, fussent réduits à une simple obligation d'aliments. Elle se serait cependant contentée de cette réforme provisoire, en apparence insignifiante, dans l'espoir de la compléter peu à peu et de réaliser un jour son but véritable, qui n'est autre que l'assimilation complète des enfants naturels, et même des adultérins et incestueux aux enfants légitimes. Au cours de la discussion au Sénat français de la proposition Rivet, M. Julien Goujon dévoila cette habile manœuvre. Faisant

(1) *Rev. trimestr., loc. cit.*, p. 942.

remarquer que le système de la paternité alimentaire laissait sans secours l'enfant naturel tombé dans la misère après sa majorité, et l'exposait à de pénibles démêlés avec les héritiers légitimes de son père en cas de mort de celui-ci, il ajoutait : « Et quand les socialistes, quand le « comité Coulon auront fait voter cette première réforme très anodine, bien faite pour ne pas effrayer le « bourgeois, on viendra nous demander ici de faire disparaître les iniquités que j'ai signalées. Nous aurons simplement fait l'assimilation des enfants naturels reconnus, d'une façon aussi bénigne, aussi pratique aux autres enfants... Car le système socialiste tend à assimiler les enfants naturels et même les enfants incestueux aux enfants légitimes (1) ». Telle est bien la véritable raison de l'attitude socialiste sur cette question de la recherche de la paternité. Cette doctrine, qui d'ordinaire n'aime guère les demi mesures et s'élève avec tant d'ardeur contre les réformes de façade, peut-elle vraiment approuver un système, qui n'accorde à l'enfant naturel qu'une aumône et lui donne juste de quoi ne pas mourir de faim ? Peut-elle consacrer l'inégalité et l'injustice d'une législation qui traiterait avec une certaine libéralité, insuffisante même à son avis, les enfants naturels reconnus volontairement, et applique un régime de rigueur, un régime de famine à ceux qui invoquent, comme preuve de leur filiation, des aveux cent fois répétés ou une possession d'état de plusieurs années ? Non, ce ne peut pas être là le dernier mot du parti socialiste. Il a donné son adhésion à la conception germanique, parce qu'il voyait en elle l'étape nécessaire, le premier pas vers la réalisation de tout un vaste programme. Le projet Sembat n'était donc qu'une formule de *transition* car, tout en proposant un progrès considérable sur le régime de l'article 340 du Code civil, il est la consécration de l'inégalité et de l'injustice, ces deux vices de la société moderne, auxquels le parti socialiste livre une lutte acharnée, et qu'il veut à tout prix extirper. Tous ses efforts sont tendus vers

(1) J. Goujon. *J. Off.*, Sénat. Déb., 10 juin 1910, p. 1487.

un idéal de justice, d'égalité et d'humanité. « Je suis partisan, disait M. Groussier, de l'égalité absolue de droits pour tous les enfants, qu'ils soient légitimes, naturels, incestueux ou adultérins » (1). Telle est la véritable position du parti socialiste, relativement à la question de la filiation illégitime ; tel est son but réel conforme à l'ensemble de sa doctrine.

Réclame-t-on d'autres preuves à l'appui de notre opinion, il suffit de lire le livre d'Anton Menger, le distingué professeur à l'Université de Vienne : « l'Etat socialiste » (2). L'auteur, dont on connaît les convictions socialistes profondes, a particulièrement étudié, au cours de ses travaux, la question de la recherche de la paternité naturelle. Son témoignage est donc très précieux. Après avoir approuvé la loi révolutionnaire de Brumaire an II qui assimilait les enfants naturels aux enfants légitimes, Menger réclame à son tour cette assimilation. Reprenant pour son compte les idées et le style des hommes de la Convention, il écrit avec cette même confiance naïve : « Seule une semblable transformation donnerait peu à peu à la vie familiale des masses, cette pureté et cette inviolabilité, qui sont de rigueur dans une forme d'Etat où c'est non pas le beau monde, mais la masse qui commande » (3). Et l'auteur socialiste ne se contente pas de réclamer cette audacieuse réforme, il demande aussi la suppression de l'*exceptio plurium*. « On a maintenu dans l'intérêt des classes supérieures, dit encore Menger, en dépit de son iniquité évidente, la fin de non recevoir s'appuyant sur l'allégation, que la mère aurait eu des relations sexuelles, au temps de la conception, avec d'autres hommes » (4). Dès lors, comme l'enfant ne peut à la fois entrer dans la famille de « plusieurs pères », tous ses « pères possibles » doivent être condamnés à une indemnité, qui leur est imputée « au prorata de leurs conditions

(1) Ch. des Députés. Déb. parl. J. Off., 18 févr. 1907, p. 381.

(2) Menger. *L'Etat socialiste*. Traduct. Milhaud, ch. xiv.

(3) Menger, *L'Etat socialiste*, ch. xiv, p. 205.

(4) *Idem*, p. 203.

« de fortune » (1). Cette indemnité est le juste dédommagement que devraient les parents à l'Etat, qui se chargerait de faire élever et éduquer les enfants dans les établissements publics (2).

Enfin, n'a-t-on pas dit que « les entraves mises à la ré-
« forme de la recherche de la paternité étaient une
« prétention de l'égoïsme des classes aisées au détriment
« des autres ? » (3). Mais alors le système de la paternité alimentaire ne sert-il pas à merveille les calculs de la classe riche, puisqu'il fait de la question de filiation une simple question d'argent ? Dès lors, le libertin fortuné, en offrant quelques cadeaux à la fille pauvre pour l'amener à se livrer à lui, est garanti contre toute attaque : il lui reprochera plus tard, devant les tribunaux, d'avoir vendu son corps, tiré profit de sa débauche et mené une vie d'inconduite. Et quand bien même il serait condamné au paiement d'une pension alimentaire, celle-ci, est, dans le système germanique, proportionnée à la situation sociale de la mère, qui, d'ordinaire, est pauvre ; le fût-elle à la situation de fortune du père, elle serait encore peu élevée ; car on sait bien que les tribunaux fixent toujours à un minimum le taux des pensions alimentaires. De toute façon, la rente, que le père naturel doit servir, diminue de peu les gros revenus de l'homme riche. Au contraire, si réduite soit-elle, cette somme peut absorber, tout au moins entamer considérablement le maigre salaire d'un employé ou d'un ouvrier. C'est vraiment alors que les socialistes seraient fondés à dire que le système de la paternité alimentaire est un habile expédient inspiré par l'égoïsme des bourgeois, qui seuls peuvent se permettre de séduire impunément les filles du peuple ; tout le risque qu'ils courent, c'est d'être tenus de prélever, chaque mois, une somme minime sur l'argent destiné à leurs vains plaisirs, tandis que cette charge peut écraser le malheureux ouvrier, dont le salaire est à peine suffisant à son propre

(1 et 2) Menger, *L'Etat socialiste*, ch. xiv, p. 205. Cf. ch. xiii, p. 195.

(3) Menger, *Das Bürgerl. Recht und die besitzlosen Volksklassen*, § xxiii, p. 76. — *L'Etat socialiste*, p. 202, note 5.

entretien, et qui aurait eu l'imprudence d'imiter les mœurs du « beau monde ». Non, le parti socialiste ne peut sincèrement souscrire à une conception aussi inique du problème de la filiation naturelle.

*
**

Nous avons ainsi fait bonne justice de l'assentiment donné par les féministes et les socialistes au système de la paternité alimentaire, en démontrant, de façon manifeste, que les premières ont surtout écouté leur cœur de mère et leur désir de conserver auprès d'elles leur enfant ; quant aux seconds, ils se sont servis de cette idée comme d'un tremplin, d'où ils pourraient plus aisément s'élancer vers des réformes plus hardies et plus complètes et atteindre leur véritable but. Il nous reste maintenant à examiner l'adhésion la plus troublante de toutes, celle qu'ont donnée à cette conception les esprits, qui s'émeuvent de l'invasion grandissante par les enfants naturels de la famille légitime. Ceux-ci sont ralliés au système germanique, parce qu'ils ont cru trouver en lui la transaction indispensable entre deux opinions également exagérées, dont l'une veut ignorer les enfants naturels, et l'autre leur accorder dans la famille une place analogue à celle des enfants légitimes (1). C'est là la réforme nécessaire et suffisante qui, tout en reconnaissant au plus grand nombre d'enfants naturels le droit à la vie, sauvegarde l'intégrité et la dignité de la famille fondée sur le mariage.

Il convient de rappeler à ce sujet l'ingénieuse et célèbre théorie que développa, en 1902, dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, M. Ambroise Colin, professeur à la Faculté de droit de Paris. Cet auteur reproche aux rédacteurs du Code civil d'avoir confondu deux idées absolument différentes, l'idée de *parenté* et l'idée de *famille*. Or

(1) Voy. par exemple d'Haussonville, *Revue des Deux-Mondes*, 1887, p. 164. — Roguin, *Traité de droit civil comparé. Les successions*, t. II, n^{os} 728, p. 184. — De Sadeleer, débats aux Chambres belges. — Crémieux, *op. cit.*, p. 441 et suiv.

ces deux concepts sont distincts quant à leur nature et à leur origine : ils ne doivent donc pas être soumis aux mêmes modes de preuve, ni engendrer les mêmes effets. Le lien de *parenté* résulte de la communauté du sang, c'est un lien *physique*, naturel. Il a son origine dans l'acte matériel de la procréation, qui est identique pour l'enfant légitime et pour l'enfant naturel. Par suite, l'enfant doit avoir toujours le droit de faire constater ce lien de parenté, et doit disposer, à cet effet, des mêmes moyens de preuve, qu'il soit issu du mariage ou d'une union irrégulière. Une fois établi, ce lien de parenté doit produire invariablement et à l'égard de tous les enfants les mêmes effets de droit qui sont l'empêchement au mariage (basé sur des considérations d'utilité physiologique et morale), le devoir de garde et d'éducation imposé aux parents, enfin l'obligation alimentaire.

Au contraire, le lien de *famille* n'est pas un lien physique ; c'est un lien purement *artificiel*. La famille apparaît comme un groupement social, organisé par la coutume ou par la loi, de façon variable selon les époques et les races. Le lien de famille ne résulte pas du seul fait de la naissance, mais d'un acte de *volonté*, tel que le mariage, l'adoption, la reconnaissance. L'enfant ne peut donc entrer de force dans le groupe familial ; de même que l'on ne saurait faire partie de certains cercles ou clubs sans avoir été agréé par les membres, de même l'enfant n'est admis dans la famille que par la volonté de ceux qui la composent ; il est soumis à une sorte d'élection. Ce lien de famille est seul capable d'engendrer, avec les droits de puissance paternelle, la vocation successorale *ab intestat*, car cette vocation est, comme le lien de famille lui-même, « l'expression d'un acte de volonté présumé qui se-
rait ici un testament tacite » (1).

De la combinaison de ces deux idées, découlent les conséquences suivantes : D'abord, si la preuve de la filiation ne doit être gouvernée que par les règles propres à rendre plus sûre la démonstration du fait naturel qui l'a

(1) Colin, *loc. cit.*, p. 261.

produite, on conçoit l'existence de conditions plus rigoureuses pour la manifestation de volonté, créatrice du lien familial (1). Aussi une législation, qui s'inspire de ces considérations, doit-elle être conçue de telle manière que : 1° le lien naturel de la filiation puisse être toujours et facilement établi, sans distinction entre la filiation légitime et la filiation naturelle, et que les obligations qui s'y attachent ne puissent être éludées; 2° que les droits résultant du lien de famille (autorité paternelle, tutelle, vocation héréditaire) ne puissent être conférés en dehors de la volonté des parents, et qu'ils « varient dans leur étendue, suivant le degré d'énergie déployée dans la manifestation de la volonté, et suivant qu'elle émane d'un « groupe ou d'un individu » (2). Par suite, il convient d'accorder à l'enfant naturel les mêmes facilités de preuve qu'à l'enfant légitime pour établir le lien naturel de parenté, le fait physique de la procréation. Au contraire, il faut réserver les droits de famille aux enfants issus du mariage, qui est « l'acte constituant seul l'expression, non « seulement de la volonté des époux, mais encore, au « moins virtuellement, celle de la volonté collective de « leurs familles, de recevoir dans leur sein les enfants à « naître de l'union ainsi contractée » (3).

Sur cette distinction du lien de famille et du lien de parenté, M. Colin a greffé une théorie nouvelle de la reconnaissance. On peut, dit-il, se faire deux conceptions de la reconnaissance: ou bien, c'est un simple mode de preuve, un aveu de paternité. D'ailleurs « la seule chose dont « le père ait une certitude, c'est qu'il a entretenu des relations avec la mère à l'époque probable de la conception; logiquement, la reconnaissance ne saurait donc « avoir d'autre valeur que celle d'un aveu sur le fait de « la cohabitation » (4). Nous avons vu que c'était la conception allemande de la reconnaissance. Celle-ci n'est, dans le Code Civil allemand, qu'un moyen de preuve qui dis-

(1) Colin, *loc. cit.*, p. 262.

(2 et 3) Colin, *loc. cit.*, p. 262.

(4) Colin, *loc. cit.*

pense l'enfant d'établir la réalité de la cohabitation et prive le défenseur du droit d'opposer l'*exceptio plurium*. Mais on peut considérer également l'acte de reconnaissance comme un acte de volonté, l'auteur de la reconnaissance signifiant qu'il entend admettre, dans sa famille, l'enfant qui n'y figure pas à raison de sa naissance hors des liens du mariage. Dans la première théorie, la reconnaissance apparaît comme un aveu, c'est ce que M. Colin a appelé une « *reconnaissance confession* ». Dans la deuxième, elle apparaît comme un acte de volonté : c'est la « *reconnaissance admission* ». Le Code civil français eût dû logiquement se rattacher à cette seconde idée ; en fait, il n'a pas opté entre ces deux conceptions ; certaines de ses dispositions ne s'expliquent que si l'on se réfère à la première théorie ; d'autres nécessitent l'adhésion à la seconde. Ainsi, d'une part, le Code fait de la reconnaissance un acte unilatéral, ne requérant aucune condition spéciale de capacité de son auteur, ni aucune acceptation du bénéficiaire. Il a, de plus, un caractère purement déclaratif. Il ne crée pas le droit, il ne fait que le constater ; il a une portée absolue *erga omnes*. Enfin, il est irrévocable, comme tout aveu. Toutes ces solutions se rattachent à l'idée de reconnaissance confession.

Mais, d'autre part, comment expliquer l'interdiction de reconnaître les enfants adultérins et incestueux, si ce n'est par la théorie de la reconnaissance admission. De même, elle a inspiré la disposition de l'article 337 du Code civil. Chaque conjoint a contracté envers l'autre « l'engagement « implicite de ne pas porter atteinte, par un acte ultérieur de volonté, aux avantages que lui ou ses enfants « légitimes à naître attendent du mariage ». Il faudrait décider, en bonne logique, que l'article 337 ne devrait pas s'appliquer quand la reconnaissance est judiciaire ; car on ne peut pas dire, en ce cas, qu'il y ait manquement volontaire à l'engagement des époux. Cette conception justifie également l'adaptation à la reconnaissance de la théorie des vices du consentement. Enfin l'idée de reconnaissance admission a nettement prévalu dans l'esprit des rédacteurs du Code, sur la question de la recherche de la pa-

ternité naturelle. Tenant compte du mystère impénétrable qui entoure l'acte de génération, ils ont considéré que le lien, qui unit le père à l'enfant, ne peut pas être l'objet d'une démonstration directe et objective ; l'enfant ne peut donc avoir de rapport avec son père que si celui-ci, par un acte de volonté, lui confère le droit de faire partie de sa famille « Le Code, dit M. Colin, devait aboutir à ce « système qu'entre homme et enfant, aucun lien ne peut « être créé que par la volonté de l'homme » (1). En effet, même dans le mariage, le lien qui unit l'enfant au mari de la mère résulte d'un acte de volonté ; on dit couramment qu'il y a présomption légale : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* (art. 312). En réalité, cette présomption repose sur une *admission*, c'est-à-dire sur un acte de volonté, par lequel le mari reçoit, admet par avance dans sa famille, au moment de la célébration de son mariage, tous les enfants que sa femme mettra au monde par la suite. Le mari conserve le droit de désavouer les enfants nés de sa femme, par le retrait de l'admission anticipée que contient implicitement l'acte de mariage. Aussi, M. A. Colin ne croit-il pas qu'il faille chercher la justification de l'article 340 du Code civil dans le motif, tant invoqué, de l'intérêt de la famille et de la crainte du scandale ; pour lui « la vraie raison est la même que celle qui domine toute « la matière de la paternité légitime et du désaveu, l'im-
« possibilité d'arriver à une démonstration objective de
« la filiation masculine ; dès lors, le lien entre l'enfant et
« le père ne peut résulter que d'un acte de volonté, d'une
« reconnaissance volontaire » (2).

Si l'on combine ces différentes idées sur le lien de parenté et sur le lien de famille, sur la reconnaissance admission et la reconnaissance confession, on doit régler de la façon suivante la situation juridique des enfants naturels. Les droits de famille appartiennent, dans toute leur étendue, aux enfants légitimes qui sont l'objet d'une admission anticipée, contenue implicitement dans le mariage,

(1) Colin, *loc. cit.*, p. 283.

(2) Colin, *loc. cit.*, p. 290.

émanée non seulement de la volonté unique de leurs auteurs, mais encore de la volonté collective de tous les membres de leur famille respective. De même, ils doivent être conférés, mais dans une mesure moins large, à l'enfant qui a été reconnu volontairement, car la reconnaissance n'est qu'un acte *individuel* qui ne peut lier la série des parents. Il ne permet donc à l'enfant d'entrer dans la famille qu'à un degré inférieur et subordonné. Celui-ci ne peut jouir de droits aussi étendus que s'il avait fait l'objet d'une admission collective. Enfin, si les plus grandes facilités doivent être accordées à l'enfant naturel, pour lui permettre d'établir le lien de parenté qui l'unit à ses auteurs, par contre, le jugement qui constate sa filiation ne constitue pas un titre suffisant à son entrée dans la famille. Il ne fait pas partie du groupe familial qui le repousse, et ne peut y être admis sans la volonté formelle de ses membres. Par suite, il ne peut jamais invoquer que les droits attachés au lien *physique de parenté*, droit à l'entretien et à l'éducation, droit aux aliments, sans pouvoir revendiquer ceux qui sont réservés aux personnes unies par un *rapport de famille* ; il n'a pas à l'égard de ses parents de vocation successorale ; il n'est pas soumis à leur puissance. Ainsi, M. Colin approuve la solution du Code civil allemand, en regrettant toutefois que le taux de la pension soit proportionné à la situation sociale de la mère, et non à celle du père.

Ne réclamant pour les enfants naturels qu'un droit aux aliments, M. Colin ne voyait pas la nécessité d'une réforme législative de l'article 340. Il préférerait même qu'on se contentât de laisser la jurisprudence, qui avait fait preuve d'un si large libéralisme, valider en toute liberté les engagements pris par le père naturel d'entretenir son enfant. Il souhaitait cependant qu'elle reconnût la possession d'état comme preuve de la filiation naturelle. Ainsi, une juste modération serait observée, et l'enfant naturel judiciairement reconnu n'aurait aucun droit d'entrée dans la famille légitime. En fortifiant la jurisprudence on arriverait à respecter la distinction fondamentale qu'imposent la logique, la nature et l'histoire, entre les

droits, qui reposent sur les liens de famille, et ceux qui résultent du lien naturel de filiation. Dans une note qu'il écrivait en 1910, relativement à l'étude de M. Champ-communal, M. Colin formulait les mêmes conclusions, en s'appuyant sur l'autorité de Merlin. Il trouve dans ce système « la meilleure sauvegarde contre les abus et les mauvaises œuvres, inspirés par l'appât de riches successions, qui pourraient discréditer une réforme justement et depuis longtemps réclamée » (1).



Telle est, dans ses grandes lignes, la théorie séduisante proposée par M. Colin : elle a le double avantage d'ouvrir la voie large aux recherches de filiation naturelle, et de protéger efficacement la famille légitime en n'accordant à l'enfant judiciairement reconnu qu'une créance alimentaire. Malgré le talent et l'autorité du savant professeur, nous ne pouvons nous rallier à sa conception. Tout en rendant hommage à l'ingénieuse subtilité de ses distinctions, nous pensons que les rédacteurs du Code civil français, et surtout le législateur moderne, se placent à un point de vue tout à fait différent de celui qu'adopte M. Colin. D'abord, est-il bien nécessaire de faire intervenir l'idée de reconnaissance admission pour expliquer certaines solutions du Code ? Nous croirions bien plutôt que le législateur napoléonien n'a jamais vu dans l'acte de reconnaissance qu'un simple aveu. En particulier, ne paraît-il pas à tout le moins étrange de fonder la présomption de l'article 312 sur une sorte d'admission anticipée, faite par le mari, d'enfants qui naîtront de sa femme. Il est inutile, presque puéril, de faire remarquer qu'il vient à la pensée de peu d'hommes de prendre un tel engagement le jour de leur mariage. De même, peut-on raisonnablement soutenir que, par la disposition de l'article 337, le code a entendu punir le manque de loyauté, la violation de la foi promise au conjoint ? Cette théorie, qui a cependant en vue

(1) Colin. *Revue de législat. comparée*, 1910, p. 189.

la protection de la famille légitime, aboutit à ce résultat singulier de déclarer inapplicable l'article 337 en cas de reconnaissance judiciaire, et de rompre ainsi la digue, qui protège la famille contre l'invasion des enfants naturels.

Voilà donc à quelles solutions bizarres et contradictoires conduit une méthode d'interprétation, qui ne veut voir, dans les prescriptions d'un code, qu'une série de règles adoptées dans un intérêt purement individuel. Dès lors, pour justifier un grand nombre de dispositions juridiques, il est nécessaire de supposer l'existence d'engagements ou de renonciations tacites qui n'ont jamais été, un seul instant, dans la pensée des personnes auxquelles on les prête gratuitement. Ce sont là d'irréelles et d'inutiles fictions ! La loi, comme la morale, sont des institutions qui ont pour but de régler les rapports entre individus appartenant à une même société. Rendues nécessaires par la vie en société, elles ont une origine *sociale*, elles sont une émanation, un produit de l'ensemble des coutumes, des traditions et des tendances, qui constituent la conscience sociale d'une nation. Par suite, elles ont, avant tout, une fin *sociale*. Les rédacteurs du Code, sentant le besoin de protéger efficacement la famille, qui est l'élément premier et fondamental de la société, ont adopté, dans ce but, un certain nombre de dispositions qui n'ont aucun sens, si l'on se place à un point de vue individuel, mais se justifient pleinement si l'on sait découvrir en elles des règles *d'utilité publique*. De là, toutes les présomptions, toutes les fictions imaginées par le législateur. Il était indispensable, dans un intérêt d'ordre social, d'imposer des prescriptions fixes, immuables, indépendantes de la volonté des individus. C'est précisément par cet absolutisme rigoureux que se caractérisent les dispositions du Code touchant la réglementation de la famille et de la propriété. Ainsi, tout ce qui touche à l'état et à la capacité des personnes, aux droits et aux charges qui en découlent, ne peut être modifié par des conventions privées. Ce sont là ce qu'on appelle des dispositions d'ordre public, c'est-à-dire des dispositions motivées par la considération d'un intérêt général. Il est donc faux de chercher à les expliquer par

l'intervention d'une volonté individuelle, car en cette matière, la volonté de l'homme ne saurait contredire la volonté supérieure de la société. Il ne dépend pas du caprice des individus d'accroître ou de restreindre l'étendue des effets de la parenté. Si les dispositions du Code relatives à l'organisation de la famille supposaient une libre adhésion de la volonté, on devrait nécessairement en conclure qu'il est loisible à toute personne d'accepter ou de répudier telle filiation qui lui plaît. Si, en particulier, la reconnaissance d'enfant naturel était un acte de volonté, et non un simple aveu, pourquoi ne serait-il pas possible, à son auteur, de reconnaître un enfant adultérin ou incestueux, d'introduire dans sa famille, malgré l'article 337, l'enfant qu'il a eu avant son mariage d'une autre femme que de son épouse légitime. Pourquoi ne serait-il pas permis à un homme de se refuser à reconnaître par avance les enfants qui naîtront de sa femme ? Sans doute, il peut exercer l'action en désaveu, c'est-à-dire rétracter l'aveu tacite qu'il est censé avoir fait de sa paternité, mais on sait les difficultés que présente une telle action et la rareté de son succès. Presque toujours, les juges repoussent une telle demande, ne craignant pas même de heurter le bon sens et d'admettre l'in vraisemblable, sinon l'impossible. Dans toute association privée, les membres sont libres d'admettre tout individu qui leur agréé. Dans la famille, le père ou la mère n'ont pas le droit d'introduire un enfant naturel, qui n'est pas né de leur union. S'ils le reconnaissent, l'article 337 rend leur acte en fait inopérant. L'article 335 s'oppose, de façon absolue, à la reconnaissance des enfants conçus dans l'adultère ou l'inceste, quelle que soit la volonté personnelle de leur auteur, quel que soit l'intérêt qu'il porte à l'enfant. Il est tellement vrai que les rédacteurs du Code n'ont point vu, dans la reconnaissance, un acte de volonté de son auteur, que cette reconnaissance ne confère à l'enfant, qui en est l'objet, presque aucun droit. La part de succession est infime (anc. art. 757), et l'on sait que le Code refusait à l'enfant naturel le titre d'héritier. Bien plus, ce fameux acte d'admission entraîne plutôt pour l'enfant des conséquences funestes, puisque

l'ancien article 908 le frappait d'une incapacité de recevoir qui a été seulement atténuée par la loi du 15 mars 1896. Aussi, les parents, qui voulaient, contre le gré de la loi, avantager leur enfant naturel, ne le reconnaissaient pas. Tant et si bien que la meilleure manière de s'acquitter envers son enfant de son devoir de père consistait à ne pas user de ce soi-disant droit d'admission conféré par le Code à la volonté des parents naturels. Quelle décision, que ce pouvoir d'introduire un enfant dans sa famille, si on ne peut lui procurer, par cet acte, aucun avantage notable et si, au point de vue successoral, cette faveur fatale lui vaut d'être mis dans une situation inférieure à celle d'un étranger. La vérité semble bien être que, loin d'avoir laissé à la volonté de son auteur le soin d'admettre dans sa famille un enfant naturel, le Code civil a bien plutôt vu, avec méfiance, cet aveu échappé à la conscience d'un père. Il ne pouvait faire que cet aveu n'existât pas ; il devait nécessairement en tenir compte. Mais il eut soin de lui faire produire des effets très minimes et d'y attacher même une incapacité très défavorable, afin de décourager les personnes, qui seraient tentées de faire un aveu aussi gênant et aussi maladroit ! Et de fait ; on s'aperçut que les reconnaissances d'enfants naturels étaient fort rares !

Ainsi, l'on constate, à chaque pas, les multiples entraves apportées par le Code à la liberté et à la volonté individuelles. S'il y a une matière, où la volonté de l'homme joue un rôle effacé, c'est bien celle de la famille, où tous les rapports de parenté, d'alliance, les pouvoirs de puissance paternelle, l'étendue des droits de succession, etc... sont imposés et non point librement consentis ; minutieusement réglementés par la loi, ils ne peuvent être modifiés par des conventions particulières.

C'est donc que, à côté et au-dessus de la volonté de l'homme, il y a une force supérieure, c'est la société, qui impose ici sa loi. Elle interdit catégoriquement de reconnaître l'enfant adultérin ou incestueux, elle restreint les effets de la reconnaissance dans le cas de l'article 337, parce qu'elle a compris la nécessité de sauvegarder les intérêts de la famille légitime et de respecter la dignité

du mariage. Assise sur la famille, la société a entendu assurer la stabilité de sa base, de même, qu'à un vaste édifice il faut des fondations solides et bien construites. Ainsi, la loi ne demande pas au mari s'il lui plaît de recevoir, d'admettre comme sien l'enfant de sa femme ; pour éviter les recherches scandaleuses, qui compromettraient l'union de la famille et jetteraient la société dans une complète anarchie, elle le déclare père, elle lui impose sa paternité ; pour la forme, pour ainsi dire par politesse, elle lui permet de renverser la présomption qui pèse sur lui ; mais elle l'a faite si lourde et a conféré au mari des moyens si restreints qu'en fait il ne réussit presque jamais dans sa tentative. Dans tout cela, où trouver une trace de la volonté libre des individus ? Où trouver cet engagement tacite, cette adhésion personnelle que croit voir M. Colin ? Nous ne voyons que *contrainte* et *autorité*. Toutes ces explications, où l'on fait jouer un rôle à la volonté individuelle, ont été inventées après coup par les commentateurs, qui ont cru ou feint de croire que le Code avait été fait en vue d'assurer le respect de chaque intérêt particulier, et laissait la voie libre à toutes les initiatives et les opinions privées. Etrange illusion, qui nous vient en droite ligne des hommes de la Révolution ! Dans leur désir de libérer l'individu de toute contrainte, et de le rendre absolument autonome, ils ont voulu appliquer d'emblée les théories des philosophes du dix-huitième siècle, ils ont créé de toutes pièces une législation, qui exaltait jusqu'à la folie la personnalité humaine ; mais on sait aussi le peu de vitalité qu'eut cette œuvre factice qui rompait brutalement avec la tradition et méconnaissait étrangement les conditions de vie et de prospérité de la société. Le Code Napoléon a vécu, au contraire, parce qu'il était, avant tout, inspiré par l'intérêt social. Il a compris la nécessité de donner une forte organisation à la famille, qui sortait toute meurtrie de la tourmente révolutionnaire ; de là, la règle de l'indissolubilité du mariage, la prohibition de la recherche de la paternité, l'interdiction de la reconnaissance des enfants adultérins et incest-

lucux, la condition très inférieure faite aux enfants nés hors mariage.

Si la théorie de M. Colin était vraie, comment parviendrait-il à expliquer que le Code ait permis la recherche de la maternité, alors qu'il interdisait la recherche de la paternité ? Pourquoi cette différence ? La disposition de l'article 340, nous dit-il, résulte de ce fait, qu'aucun lien ne peut se former entre l'enfant et le père, sans un acte de volonté de celui-ci. Mais alors pourquoi respecte-t-on la volonté du père, et impose-t-on une filiation à la mère ? M. Colin feint de croire au prétexte napoléonien de l'impossibilité d'une démonstration objective de la filiation masculine. Mais il est le seul aujourd'hui à penser que telle était la vraie raison, qui a inspiré les rédacteurs de l'article 340. Il n'y a qu'à lire les discours de l'avocat général Servan et du tribun Duveyrier, les travaux préparatoires du Code civil sur cette question, pour s'apercevoir que seuls, la crainte des scandales et le souci de protéger la famille légitime étaient les réels obstacles à l'autorisation de la recherche de la paternité (1). « L'enfant « naturel, placé en face de la famille légitime, est un cré- « ancier odieux », voilà la vraie raison de l'article 340, formulée par le tribun Siméon. Cette disposition a donc été édictée dans l'intérêt de la société, tel que, du moins, croyait le comprendre le législateur de 1804 dont la tâche, difficile entre toutes, était de restaurer une famille bouleversée et ruinée par le droit révolutionnaire. L'impossibilité de la preuve n'a jamais été qu'un prétexte. Les rédacteurs du Code se rendaient bien compte qu'en cette matière la preuve, pour le juge, n'est jamais qu'une *probabilité*, plus ou moins probante ; il y a toujours place pour l'erreur dans le jugement, car la preuve n'est jamais adéquate aux faits à prouver, à moins que ces faits ne se passent à l'audience ! Et puis, il ne faut pas oublier que le législateur avait écrit l'article 312. « La nature, dit « Bigot-Préameneu, ayant couvert la paternité d'un voile « impénétrable, la loi est forcée de se contenter d'une

(1) V. Fenet, t. X, p. 154, 198, t. XII, p. 231.

« présomption prise des faits extérieurs ; c'est celle que
« fournit l'institution du mariage. Cette présomption,
« rarement trompeuse, est devenue une règle d'ordre pu-
« blic, et son origine, comme celle du mariage, se perd
« dans la nuit des temps. » Voilà la vraie raison, la rai-
son sociale de l'article 312. Et l'on vient soutenir que les
rédacteurs du Code tenaient la preuve de la paternité
pour impossible ! Mais « elle existe en toute matière, cette
« impossibilité ! Est-ce qu'on prouve la filiation légitime ?
« Est-ce qu'on prouve la propriété ? *Les sociétés s'en ti-*
« *rent comme elles peuvent* ; faute d'une vraie preuve,
« impossible par elle-même, elles ont organisé un ensem-
« ble de probabilités, nous répétons le mot avec insis-
« tance, qui, appréciées par la conscience du juge, ont
« chance d'amener la découverte et la proclamation de
« la vérité » (1). Si donc, l'intention du législateur n'avait
pas été de sauvegarder la dignité du mariage, de recon-
naître en lui seul la source de la famille et de garantir
celle-ci contre les scandales et les attaques, « certes il n'eût
pas été arrêté par cette vaine objection de l'impossibilité
de la preuve. Le Code fourmille en présomptions, en fic-
tions de toutes sortes. Il eût été bien facile de sortir d'em-
barras. Encore une fois, c'est l'intérêt social, c'est la pro-
tection due au mariage et à la famille, cette « cellule de la
« société » qui a inspiré les dispositions des articles 335,
337 et 340 du Code civil (2). Les prohibitions qu'ils édic-
tent sont imposées par la loi, œuvre de la conscience so-
ciale, aux individus qui ne peuvent rien y changer mais
doivent s'y soumettre. « Tant pis pour les enfants natu-
« rels qui en souffriront, mais la morale et l'intérêt so-
« cial, liés à la cohésion des familles, recommandent de
« réserver ostensiblement toutes les faveurs pour la fa-
« mille légitime, fondée sur l'union perpétuelle et soli-
« daire de l'homme et de la femme, et de ne pas taire la

(1) Pouzol, *op. cit.*, p. 259. — Cf. dans le *Traité des preuves* de Bonnier, une excellente définition de la présomption (citée dans notre *préface*, page XIII).

(2) Voy. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, p. 132.

« honte des naissances, qui sont le fruit d'une union pas-sagère » (1).

Enfin, il semble bien difficile d'admettre un départ aussi tranché entre les liens de famille et les liens de parenté. Le Code est complètement étranger à une telle distinction. On assigne couramment (2) à la parenté trois sources différentes, le mariage, la filiation et l'adoption, et l'on range, parmi les effets de la parenté, le droit de succession, les droits de puissance et d'autorité, l'existence d'une obligation alimentaire réciproque. D'ailleurs, personne ne peut nier aujourd'hui l'existence de la famille naturelle, organisée sur le type de la famille légitime. Sans doute, elle est restreinte au père et à la mère naturelle, elle n'a qu'un seul degré ; mais elle a été limitée ainsi par le Code, afin que fût conservée toute la prééminence de la famille légitime. Tous les auteurs s'accordent à décider que la reconnaissance judiciaire produit les mêmes effets que la reconnaissance volontaire, spécialement en ce qui concerne les droits de succession (3). « Les deux procédés, dit M. Planiol, sont toujours mis sur la même ligne par la loi ; le droit de succéder est attaché à la *filiation* ; peu importe le moyen, dont on s'est servi pour l'établir » (4). D'ailleurs, le Code civil règle la dévolution héréditaire sur la plus ou moins grande proximité du degré de parenté des successibles à l'égard du *de cujus*, sur la répartition des parents en ordres ou classes. L'idée de famille ne joue, sur ce point, qu'un rôle secondaire. En fait, la conscience de la famille, c'est-à-dire, la communauté de sentiments, d'intérêts, est souvent inexistante entre proches parents, détruite par des

(1) Lerebours-Pigeonnière. *L. du Centenaire*, t. I, p. 282.

(2) Voy. Planiol, t. I, n° 642. — Galopin, *op. cit.*, n° 46, p. 35. — Guillier. Rapport au Sénat, p. 44. « Leurs droits découlent du *fait de leur naissance, non de la volonté de leur père* ».

(3) Demolombe, t. XIV, n°s 13 et suiv. — Aubry et Rau, t. VI, § 605. — Laurent, t. IX, n° 108. — Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 163. — Huc, t. V, n° 92. — Dalloz, *Répertoire*, n° 266. *Suppl.*, n° 166.

(4) Planiol, t. III, n° 1825.

querelles intestines ; cependant l'existence de réserves soustrait une grande partie du patrimoine à la libre volonté du testateur, et provoque une distribution de ses biens, souvent contraire à ses propres sentiments. D'autre part, l'époux, auquel on ne peut refuser une place, et une place prépondérante dans la famille, puisqu'il la fonde et la perpétue, ne recueille la succession de son conjoint, qu'au cas, fort rare, où celui-ci ne laisse ni parents, au degré successible (le 12^e), ni enfants naturels (art. 767). Enfin, la qualité d'héritier est refusée à l'époux. Ainsi, le conjoint qui fait partie au premier chef de la famille, passe après tous les parents les plus éloignés et les plus indifférents et les enfants naturels, qui n'appartiennent même pas à la famille légitime. Cet exemple prouve, de façon frappante, que le véritable principe du droit héréditaire moderne, n'est pas la dévolution des biens *ab intestat*, d'après le principe de la famille et l'affection présumée du défunt, mais la répartition du patrimoine entre des individus, qui sont liés entre eux par la communauté du sang, les biens étant offerts d'abord à ceux qui ont, au point de vue de la parenté et de la filiation, unis au *de cujus* par les liens les plus immédiats. De même que les qualités et les défauts physiques et moraux, les créances et les dettes, qui constituent le patrimoine, se transmettent de génération en génération à tous les individus qui sont animés d'un même principe de vie et dans les veines desquels coule un sang commun.

Il convient de ne pas oublier que ce fut l'œuvre si féconde des célèbres Novelles 118 et 127 de Justinien, de substituer, au vieux système romain de la dévolution de la succession aux seuls membres de la famille civile, le principe de la transmission du patrimoine aux parents naturels, unis avec le défunt par les liens du sang (1). Il nous paraît impossible, surtout aujourd'hui, où le législateur traite avec tant d'indulgence l'enfant illégitime, de différencier, avec autant de netteté, les rapports de parenté et

(1) Voy. Girard. *Manuel de droit romain*, p. 842 seq. — May. *Précis de droit romain*, p. 498, n° 234 seq.

les rapports de famille. Cette distinction est contraire à la fois, à la réalité des choses, à l'esprit du Code, et aux tendances de la législation moderne. A la fin d'un article, où il commentait la proposition Sembat, qui se rattache à cette conception nouvelle, d'après laquelle les droits et les devoirs de famille dépendent de la volonté des individus, M. Lerebours-Pigeonnière écrivait : « Je répugne à ad-
« mettre qu'il y ait une différence de *nature* absolue en-
« tre les liens de parenté et les liens de famille et je me
« refuse à admettre que les liens de famille soient subor-
« donnés de tous points à une volonté capricieuse ou ar-
« bitraire ; mais, d'autre part, il est indéniable que ce que
« l'on appelle droits et devoirs de famille sont des liens
« (découlant encore, je crois, de la parenté), dont la forme
« est davantage variable, dont l'étendue est davantage
« subordonnée à beaucoup de conditions » (1). On ne sau-
rait vraiment découvrir une différence spécifique entre
les liens de famille et les liens de parenté ; tout au plus
sont-ils distingués par une différence de *degré*. Les en-
fants illégitimes doivent pouvoir réclamer, en raison, les
mêmes droits, les mêmes avantages que les enfants légi-
times. Si l'égalité est rompue au profit de ces derniers, si
les droits de famille sont restreints entre les mains des en-
fants naturels, il faut chercher le motif de cette infério-
rité, non point dans des considérations d'ordre théorique
ou juridique, mais uniquement dans des considérations
d'ordre pratique et social, telles que la faveur due au ma-
riage et la protection réclamée par la famille légitime,
l'élément premier de la société.

*
**

La critique la plus grave que l'on puisse adresser aux auteurs qui préconisent la solution germanique et qui voudraient l'importer dans les législations latines, c'est de méconnaître notre esprit, nos conceptions et nos ten-
dances, c'est de croire qu'on peut imposer avec succès à

(1) Lerebours-Pigeonnière. *Revue trimestrielle*, 1905, p. 943.

un peuple une idée contraire à ses mœurs et à ses sentiments. Ils s'imaginent volontiers qu'un législateur jouit sur le droit de la nation d'un pouvoir souverain, qu'il lui est loisible de modifier telle disposition, d'abroger telle autre, de réaliser telle réforme, sans se soucier des vœux, des besoins et des aspirations de la nation pour laquelle il légifère. Ils ont trouvé dans quelque Code étranger une idée séduisante, et ils voudraient qu'on l'appliquât, sans rechercher si une telle idée s'harmonise avec l'ensemble des règles juridiques en vigueur dans le pays. C'est ainsi que l'on fabrique, dans un cabinet de travail, des projets de loi, édifiés selon des règles de logique pure et de technique méticuleuse, qui résolvent le plus aisément du monde les plus graves difficultés, mais qui malheureusement ne tiennent pas compte des nécessités sociales et contredisent ouvertement le progrès et l'évolution des idées. C'est ce que Ihering appelait « le travail malsain » de jurisconsulte en chambre ». Les auteurs qui proposent d'adopter le système germanique de la paternité alimentaire nous paraissent commettre une erreur analogue à ceux qui, niant le mouvement de l'opinion publique, eussent voulu que la recherche de la paternité continuât à être interdite dans notre Code. Les uns et les autres méconnaissent également le rôle que doit observer le législateur, et les conditions que doit remplir une bonne loi pour être utile et féconde. Le législateur n'est point le maître d'imposer sa volonté à un peuple ; mais c'est au contraire lui qui doit suivre la direction que les mœurs lui impriment. Il ne peut créer arbitrairement le droit, sous peine de faire une œuvre inopérante ou même néfaste ; il a la délicate mission de dégager les tendances de la conscience sociale, et, en fidèle interprète des vœux de la nation, il les traduit en langage juridique. La loi ne doit pas être l'œuvre d'un logicien, d'un idéaliste, mais étant faite pour la vie pratique, elle doit être adaptée aux nécessités sociales et, selon l'expression des rédacteurs des Motifs du Code civil allemand « modelée sur la vie sociale ». Elle doit être conforme aux sentiments, aux conceptions, aux tendances de la nation à laquelle elle

est destinée. « Ce sont les idées, dit M. Tanon, qui se sont
« fixées dans la conscience sociale, qui *s'imposent* au législateur et qu'il doit prendre en considération pour
« faire œuvre légitime et durable » (1).

Nous plaçant à ce point de vue, nous allons essayer de montrer que le système de la paternité alimentaire est en contradiction manifeste avec nos mœurs, nos sentiments et notre esprit latin.

Il est en effet nécessaire que les règles relatives à la *recherche de la paternité naturelle* soient en harmonie avec les dispositions qui régissent la *filiation illégitime* (2). Or, les législations latines et germaniques consacrent sur ce point les solutions les plus différentes. Les premières organisent la filiation naturelle sur le modèle de la filiation légitime ; elles n'établissent de différences entre elles que par faveur pour le mariage et la famille légitime ; mais l'enfant naturel a une situation égale vis-à-vis de son père et de sa mère. Au contraire, d'après la conception germanique, l'enfant illégitime reste toujours et dans tous les cas étranger à son père ; celui-ci n'est tenu que de lui verser pendant quelques années une petite pension alimentaire ; c'est à cela seul que se réduisent tous leurs rapports. Mais l'enfant naturel reçoit une compensation appréciable en occupant dans la famille de sa mère le rang d'un enfant légitime, avec tous les droits et tous les avantages qui y sont attachés. Si donc, l'on voulait restreindre à une simple obligation alimentaire les effets de la filiation naturelle paternelle, il deviendrait nécessaire, pour ne pas traiter l'enfant illégitime avec plus de sévérité que les législations germaniques, de lui accorder les faveurs que celles-ci lui réservent dans la famille maternelle. Or, quelles protestations ne soulèverait pas une réforme aussi audacieuse ? Les esprits sont-ils préparés à un tel bouleversement des règles de notre droit ? Comment justifier cette différence de régime entre la famille du père qui est protégée à l'excès, et la famille de la mère

(1) Tanon, *op. cit.*, p. 106.

(2) Voy. sur ce point Champcommunal, *loc. cit.*, p. 104.

qui est livrée sans défense ? Voilà une conception que nous n'adopterons jamais. On comprend que, pour de graves raisons sociales, les droits des enfants naturels soient réduits et que les faveurs de la loi soient ostensiblement réservées aux enfants légitimes. Mais, on ne comprendra jamais pourquoi l'enfant naturel n'est pas même le parent de son père, alors qu'il acquiert un droit de succession sur les biens de tous les parents de sa mère. Ces solutions paraissent très logiques aux esprits germaniques; elles donnent, d'ailleurs, dans les pays où elles sont appliquées, les meilleurs résultats, précisément parce qu'elles sont conformes aux mœurs, aux sentiments, à la conscience sociale de la nation d'où elles émanent. Mais elles restent incomprises des esprits latins qu'elles heurtent et déroutent : « Le législateur allemand, dit M. de La Grasserie, nous semble avoir réglé d'une manière défec-
« tueuse les effets de la filiation naturelle. Il accorde à
« l'enfant un droit excessif lorsqu'il le déclare parent de
« tous les parents de sa mère. Au contraire, vis-à-vis du
« père, les droits sont trop parcimonieusement accordés :
« une simple pension jusqu'à seize ans, pas la moindre
« part successorale, une aumône à la mère ! Ici, le légis-
« lateur n'a pas fait œuvre philosophique ni de pro-
« grès » (1). Le même jugement est porté par M. Lehr qui ne parvient pas à comprendre la différence que fait le Code civil allemand entre le père et la mère naturels. « A
« notre avis, dit-il, les législations germaniques qui n'ont
« pas été assez loin dans un sens quant au père, ont été
« trop loin dans l'autre, quant à la mère » (2). C'est toujours la même raison qui est à la base de toutes ces opinions : l'absence de pénétration réciproque de la pensée latine et de la pensée germanique, la différence irréductible des mœurs, des institutions, du génie de ces deux races. Ce qui paraît faux et illogique à l'une, est pour l'autre parfaitement juste et cohérent. Et cette situation

(1) De La Grasserie. *C. c. all. Introduction*, p. xciii, édit. 1910.

(2) Lehr. *Rev. de dr. internat. De la condition des enfants illégitimes*, 1905, p. 642.

n'a rien de contradictoire, car en droit la vérité est essentiellement relative. Les règles de droit, étant une émanation, un produit de la vie sociale, ne sont vraies que pour les sociétés qui leur ont donné naissance. Telle institution précieuse et féconde dans un pays serait néfaste pour un autre. Telle plante, tel animal, qui prospère et se multiplie sous un climat, dépérit sous un climat différent. Il en faut toujours revenir au mot éternel de Pascal qui disait à propos du droit : « On ne voit rien de juste ou d'injuste « qui ne change de qualité en changeant de climat. Trois « degrés d'élévation du pôle renversent toute la jurispru-
« dence. Un méridien décide de la vérité » (1).

Mais si l'on se refuse à appliquer à tous les enfants naturels sans distinction le système de la paternité alimentaire, alors c'est la consécration de l'inégalité et de l'injustice, c'est l'introduction de l'arbitraire dans le Code. Tel enfant illégitime aura des droits étendus ; tel autre que le hasard aura mal servi, devra se contenter d'une maigre pension alimentaire. Et pourquoi cette différence de traitement ? Parce que l'un a fait l'objet d'une reconnaissance volontaire de la part d'un honnête homme, et que l'autre a le malheur d'avoir pour père un lâche. Or, si les inégalités sont dans la nature, du moins le législateur doit s'employer, non point à les accentuer à plaisir, mais à les réduire dans la mesure du possible. Il est indéniable qu'aujourd'hui plus que jamais, les inégalités et les injustices paraissent odieuses à la conscience populaire qui ne les tolère plus. Si donc, l'on introduisait dans les pays latins cette conception de la recherche de la paternité, on créerait deux catégories d'enfants naturels : il y aurait d'abord ceux qui ont été reconnus volontairement, et qui ont droit d'entrée dans la famille de leur auteur ; quant aux autres qui ont du intenter un procès contre leur père, ils ne pourraient réclamer et cela temporairement qu'une aumône alimentaire. Nous connaîtrions ainsi, comme le dit spirituellement M. de Mot « une paternité naturelle de première classe, et une autre plus

(1) Pascal. Edit. Havet. *Pensées*, art. 3, n° 8.

« économique de seconde classe » (1). Or, en quoi consiste le critérium de cette distinction ? D'un côté, voici un enfant qui produit un acte de reconnaissance : c'est un acte authentique, offrant toutes les garanties désirables de sincérité et de véracité, mais somme toute, c'est une simple déclaration de paternité, un témoignage unique de filiation : à cet enfant, nous conférons des droits très étendus, presque égaux à ceux d'un enfant légitime. Mais en voilà un autre qui est parvenu à faire établir par jugement qu'il est issu de tel individu ; la décision judiciaire est fondée sur ce fait que le défendeur, dans une série de lettres, a fait des aveux répétés de sa paternité, ou sur cette circonstance encore plus probante que pendant des années l'enfant a joui d'une possession d'état constante et non équivoque. Malgré ces preuves réitérées et irréfragables, l'enfant n'obtiendrait de son père qu'une petite pension alimentaire ! La nature et l'étendue des effets de la paternité dépendraient de la forme du titre qui la constate ? Certes, le législateur latin a conservé à l'acte authentique, sa prééminence, au point de vue de la valeur probante ; mais il n'a pas voulu ignorer l'existence d'aveux consignés dans des actes sous seing privé, dans des lettres, dans des écrits quelconques ; et quand ceux-ci, soumis à un sérieux examen de la part du juge, paraissent être l'expression de la vérité, il leur reconnaît les mêmes effets qu'à la reconnaissance solennelle. L'esprit de notre droit moderne réclamait depuis longtemps « ce triomphe « du fond sur la forme, de la réalité sur l'apparence » (2). Le législateur moderne se devait de sanctionner le principe supérieur en droit d'après lequel les effets de la filiation sont indépendants du mode de preuve qui l'établit. Il a ainsi réalisé un progrès sensible, et l'esprit latin, tant avide d'égalité et de justice n'y renoncerait pas volontiers.

La loi belge du 6 avril 1908 n'a pas su s'attribuer cette précieuse conquête, malgré les protestations énergiques

(1) De Mot. Sénat belge, 1907, n° 142, p. 155, 2^e col.

(2) Viollette. Rapport à la Chambre, 1911, p. 35.

de l'éminent juriste qu'est M. le Ministre de la Justice Van den Heuvel : « Voyez, disait-il, les conséquences singulières du système. Voici un enfant qui produit une reconnaissance inscrite dans un acte authentique ; cet enfant-là aura droit non seulement à des aliments, mais aussi au nom et à la succession. En voici un autre qui ne possède pas d'acte authentique, mais qui peut produire par centaines des lettres et des pièces d'une authenticité indiscutable, corroborées par de multiples témoignages, par des indices concordants, établissant sa filiation, et cet enfant-là sera toujours réduit à une simple créance alimentaire. N'y a-t-il pas là quelque chose de choquant ? » (1). Enfin par quels arguments pourrait-on justifier une différence de régime entre l'enfant qui a été l'objet d'une reconnaissance volontaire, c'est-à-dire d'un aveu isolé, et celui qui invoque une possession d'état continue, c'est-à-dire une série ininterrompue d'aveux ? Il n'y a qu'à lire la page célèbre de Demolombe pour se convaincre que ces deux hypothèses sont identiques et doivent recevoir une même solution. Et ne doit-on pas en bonne logique assimiler à ces cas celui où l'enfant, sans invoquer une possession d'état, produit des aveux de paternité, clairs et formels, cent fois répétés, au cours d'une correspondance suivie entre les amants ? Non, il ne peut y avoir dans une législation deux paternités naturelles différentes, une paternité alimentaire, et une paternité véritable. Si on l'admet, on se débat comme en Belgique au milieu des subtilités, on tombe dans l'incohérence et l'arbitraire. D'ailleurs, il faut bien remarquer que sur ce point l'unité la plus parfaite est réalisée dans les législations germaniques. L'organisation de la recherche de la paternité, telle qu'elle est comprise en Allemagne et dans les pays qui adhèrent à son système, s'harmonise fort bien avec les règles générales qui régissent la filiation illégitime. En effet, il n'existe dans cette législation qu'une seule catégorie d'enfants naturels, sans distinction entre naturels simples, adultérins, incestueux :

(1) Van den Heuvel. Sénat belge, 1907, n° 126, p. 142, 2° col.

tous sont soumis au même régime, quelle que soit la nature de leur filiation, quel que soit le titre qui la constate. Ainsi les systèmes latins et germaniques sont l'un et l'autre parfaitement logiques et cohérents en eux-mêmes ; ils ne deviennent contradictoires que si l'on veut les mêler et les juxtaposer ; d'origine et d'esprit différents, ils ne sauraient se concilier (1).

Non seulement l'adoption de la conception germanique dans les pays latins romprait l'égalité au détriment des enfants naturels reconnus judiciairement, mais encore, elle provoquerait la plus criante des *injustices*. En conférant des effets plus étendus à la reconnaissance volontaire, on applique un régime de rigueur injustifiable à celui qui endosse courageusement les responsabilités de son acte, et l'on fait peser plus lourdement les charges de la paternité sur ce dernier que sur celui qui cherche lâchement à se dérober. Voilà une bien singulière façon de récompenser la loyauté et de favoriser la vertu. La loi n'aurait de sévérité que pour l'homme qui sait comprendre et accomplir son devoir ; elle serait pleine d'indulgence pour celui qui a tout fait pour s'y soustraire. Au nom de quelle étrange morale propose-t-on un système où les hommes de cœur jouent un rôle de dupe, et passent pour des naïfs, tandis que toutes les faveurs sont-réservées aux malins, aux fourbes et aux lâches ? Certes, un tel inconvénient n'apparaît pas dans les législations germaniques qui ignorent la reconnaissance volontaire. Mais importer la conception de la paternité alimentaire dans les pays latins, c'est créer une redoutable concurrence à la reconnaissance formelle, c'est offrir une paternité à bon marché, dont les conditions avantageuses ne manqueront pas de séduire les amateurs. « De la sorte, comme l'a si parfaitement compris M. de Mot, vous tarisez la reconnaissance volontaire, car vous donnez véritablement une prime à celui qui ne remplit pas le plus

(1) Ce point a été parfaitement mis en lumière par M. Van den Heuvel. Sénat belge, n° 125, p. 142, 1^{re} col. « L'économie de la législation germanique est tout à fait harmonique ».

« sacré de tous les devoirs. Comme celui qui se laisse con-
« damner a tout avantage, puisque la condamnation est
« moindre dans ses conséquences, que la reconnaissance
« volontaire, vous rendez moins fréquentes les légitiba-
« tions par mariage subséquent » (1). En effet, — cette constatation a été souvent faite — la reconnaissance volontaire est un acheminement vers une réparation plus parfaite : la légitimation. Les liens qui rattachent l'enfant naturel à son père sont si nombreux et si étroits que la solution toute indiquée de cette situation équivoque réside dans la légitimation réalisée par le mariage des père et mère; souvent les seuls obstacles à cette union résidaient dans des considérations de famille et des raisons de convenance mondaine. Mais de la paternité alimentaire à la paternité légitime, il y a un abîme : les ponts sont coupés. La transition n'est possible qu'entre choses qui peuvent se comparer et se rapprocher. Certes, il ne convient peut-être pas de bâtir de trop vastes espoirs sur les bienfaits que doit nous valoir, au dire du rapporteur à la Chambre française, la réforme de la recherche de la paternité naturelle. Dans quelle mesure ses dispositions favoriseront-elles le développement de la famille et la conclusion de mariages plus nombreux, c'est un point sur lequel il faut, pour l'instant, se montrer très réservé. En tous cas, ce qui ne saurait être toléré et ce qui se serait assurément produit si l'on eût adopté, en France, le système de la paternité alimentaire, c'est que la loi détourne les citoyens de l'accomplissement de leur devoir en les incitant elle-même au mensonge et à la lâcheté.

Et puis comment l'*opinion publique* qui, dans les pays latins, se fait des charges de la paternité une idée très élevée, accepterait-elle une solution qui tiendrait quitte, à si bon compte, l'homme coupable de la double faute d'avoir procréé hors mariage et d'avoir renié l'enfant issu de ses œuvres ? Le père s'acquitterait d'une aussi lourde dette, se libérerait d'aussi graves obligations par le paiement

(1) De Mot. Sénat belge, 1907, n° 143, p. 155, 156.

d'une somme d'argent insignifiante ? Vraiment, une telle législation jutifierait la parole de Menger : « Les entraves « mises à la recherche de la paternité proviennent des « classes riches de la société ». On ne peut nier que ce système favorise le riche débauché qui, à bon compte, se moquera de la responsabilité de la séduction. Il ravale une question d'état à une question d'argent. Or, c'est précisément parmi les désœuvrés, les oisifs de la bourgeoisie et de la noblesse que se recrutent les plus dangereux séducteurs, ces « alcooliques de la sensualité » comme on les a appelés. La débauche leur est un passe-temps, souvent une obsession, et leur fortune sert leurs dégradantes passions. Est-ce donc enrayer le mal que de menacer ces individus d'un châtement qu'ils ne redoutent pas, parce qu'il reste d'ordinaire secret et les frappe seulement dans leurs biens, d'ailleurs de la façon la plus bénigne et la plus indulgente ? Il en serait tout différemment si une atteinte était portée ouvertement à leur honneur, à leur dignité, si un enfant naturel était admis à porter leur nom, à partager leur héritage, car le monde est ainsi fait que ses hommes, dont la vie intime est un tissu de turpitudes et de hontes, se montrent publiquement très chatouilleux sur les questions d'honneur et sont, du reste, l'objet de la plus haute considération et du respect le plus profond. Aussi n'est-il pas mauvais de toucher ces individus peu intéressants à leur point faible : craignant qu'on n'arrache le masque derrière lequel ils abritent leur âme corrompue, ils se montreront plus circonspects et plus réservés. Si l'on a tant invoqué l'attrait que présente, pour les amateurs de chantage, l'action en recherche de paternité avec conséquences d'état, il faut reconnaître également que la gravité de ses effets peut retenir plus d'un séducteur et l'empêcher de commettre un acte qui peut avoir, pour lui, d'aussi fâcheuses conséquences. Ainsi le système de la paternité alimentaire est insuffisant à un double point de vue, parce qu'il n'atteint pas avec la même force tous les séducteurs et qu'il ne reconnaît à l'enfant naturel qu'un droit insignifiant. « La morale et la logique, dit M. Réveil-
« laud, se rebiffent contre un pareil système ; la morale,

« parce que la loi ne frappera que les pauvres, les séduc-
« teurs riches en étant quittes à trop bon compte, en
« payant leurs fredaines avec quelques louis par an ; la
« logique, parce qu'un jugement ou un acte établissant
« une rente au profit de l'enfant, reconnaît que cet en-
« fant est le fils naturel de l'homme qui doit la payer, sans
« toutefois aller jusqu'au bout de cette constatation en
« établissant entre eux un lien de filiation » (1).

Enfin, les législations latines ne sauraient s'assimiler la conception de la paternité alimentaire parce qu'elles n'en peuvent accepter toutes les conséquences. En effet, nous l'avons déjà fait remarquer — le juge hésitera d'autant moins à déclarer la paternité d'un homme que les effets de sa décision seront moins étendus. Après tout, dit-on, ce n'est jamais qu'une simple question d'argent. La pension est, d'ailleurs, minime ; la peine est douce. Il y a là un enfant qui crie famine : à tout prix trouvons-lui un père. Tant pis si nous nous trompons ! L'erreur ne tire pas à conséquence ; le préjudice n'est pas bien considérable. Si le défendeur n'est pas réellement le père, il s'est, d'ailleurs, la plupart du temps, exposé à l'être. Par suite, le juge se contentant d'une demi-preuve, ne se fait aucun scrupule de condamner le père *possible*. Tel est l'aboutissant fatal du système. De là à l'idée de paternité plurale, il n'y a qu'un pas, et ce pas a été également franchi. Or, si les idées et les mœurs germaniques ne répugnent pas à une telle conception, nous avons une autre opinion de la justice, nous repoussons comme fausse et immorale la théorie du risque de paternité ; nous ne voulons condamner que le père véritable et nous exigeons de sa paternité une preuve certaine, au moins dans la mesure où la certitude peut être atteinte en cette matière. De deux choses l'une, disons-nous, ou le juge a acquis, au cours des débats, la ferme conviction que le défendeur est le père de l'enfant, et alors on ne comprend pas pourquoi la filiation judiciairement constatée ne sortirait pas son plein

(1) Réveillaud. *Des modifications proposées à l'art. 340 du C. civ.* Thèse, Paris 1911, p. 186.

effet, ou bien les preuves fournies laissent place au doute, les témoignages invoqués sont suspects, et alors le juge, insuffisamment éclairé, n'a pas le droit en toute conscience, de condamner un homme, ne fût-ce qu'à de simples prestations pécuniaires. Quand même il ne s'agirait de réclamer qu'une pension alimentaire « la preuve doit être « aussi rigoureusement et aussi parfaite que s'il s'agissait « de conférer à l'enfant un droit complet de filiation ». « Je « n'admets pas, dit M. de Mot, que l'on dise que, du moment « qu'il ne s'agit que d'une question d'argent, on peut se con- « tenter d'une demi-preuve ou d'une simple présomp- « tion » (1). Sinon, c'est laisser la porte ouverte aux plus grandes injustices et aux plus graves abus.

Il apparaît donc, de façon manifeste, que le système de la paternité alimentaire est *incompatible* avec l'esprit et les conceptions des législations latines. Sans doute, il produit des résultats très satisfaisants dans les pays germaniques, précisément parce qu'il est conforme aux mœurs et aux sentiments de ces peuples, et que, loin de créer chez eux un régime d'exception, il confirme la règle générale : tous les enfants naturels, quelle que soit leur qualité, quel que soit le titre qui constate leur filiation, sont assimilés aux légitimes dans la famille de leur mère et ne sont jamais admis à réclamer de leur père autre chose qu'une pension alimentaire. Les dispositions de ces législations sont donc pleinement cohérentes et logiques : elles font partie d'un même système. Mais il n'en va pas de même si, arbitrairement, on emprunte une idée à un Code étranger, et qu'on la plaque au hasard dans un droit qui a adopté sur la question de la filiation naturelle une position tout à fait différente. Une telle méthode ne peut engendrer que la contradiction, l'erreur et l'injustice. On ne saurait trop répéter cette idée qui, à notre avis, domine toute cette question, c'est que l'organisation de la recherche de la paternité doit être en harmonie avec la conception générale du droit relatif à la filiation illégitime. Ici la famille naturelle est organisée sur le type de la

(1) De Mot. Sénat belge, 1907, n° 142, p. 154, 2^e col.

famille légitime dont elle est une image affaiblie, réduite. Là, elle est conçue sur un modèle tout à fait différent, elle se confond avec la famille légitime du côté maternel; elle se réduit à des relations purement pécuniaires entre l'enfant naturel et le père. Il faut adopter en bloc l'un ou l'autre système et non point composer, à l'aide d'éléments disparates, quelque projet hybride et bâtard. Ce sont ces conditions fondamentales de toute bonne législation qu'ont méconnues les auteurs qui se sont faits, en France, les défenseurs plus ou moins avoués, de la solution germanique du problème de la recherche de la paternité. Ils ressemblent à ces riches américains qui, au cours de leurs voyages, achètent à prix d'or des bijoux, des tableaux, des statues, des meubles appartenant aux styles les plus divers, aux civilisations les plus différentes; ils entassent dans leurs salons luxueux tous ces objets d'art qui, pris individuellement, sont d'une grande beauté, mais dont l'ensemble donne l'impression d'une vaine ostentation et du plus fâcheux mauvais goût. Il y a une esthétique en matière de *droit*, comme il y a une esthétique en matière d'*art*. L'architecte de génie qui a élevé ce gigantesque édifice qu'est le Code Napoléon, l'a conçu d'après un plan unique et sur un style propre; son œuvre ne compte qu'un peu plus d'un siècle, et, déjà, les vents et les tempêtes lui ont causé de graves dégâts. Il a fallu les réparer, et même, ajouter, çà et là, quelques annexes. L'harmonie première de l'ensemble en a parfois légèrement souffert, la blancheur des pierres neuves faisant contraste avec les teintes plus sombres des vieilles pierres patinées par le temps. Ce serait un sacrilège que de défigurer cette grande œuvre d'art en accolant, sur sa façade vieillie mais encore imposante, un motif emprunté à un autre style qui romprait la symétrie et ternirait la pureté de ses lignes. Que penserait-on d'un architecte qui, sous prétexte d'égayer l'aspect froid et austère du palais de Versailles, proposerait de le décorer à l'aide de sculptures et de guirlandes arrachés aux pavillons mignards du dix-huitième siècle? C'est une erreur semblable dont se rendent coupables les hommes qui veulent insérer dans les législations latines des dispositions inspirées de l'esprit,

du génie germanique. Avec quelle finesse, avec quelle pénétration, le juriste éminent qu'est M. le ministre de la Justice Van den Heuvel, n'a-t-il pas su relever cette faute de goût ? « Il semble, disait-il, que vouloir introduire ainsi « un fragment du système allemand dans notre Code « civil, c'est *altérer l'harmonie* de notre législation » (1). Et, à une autre séance, il s'écriait, en parlant du projet du Sénat qui consacrait le système allemand : « *Ce projet, pré-* « *cisément parce qu'il s'appuie sur des idées très diffé-* « *rentes de celles dont le Code est le reflet, ne va-t-il pas* « *rompre l'harmonie générale de notre législation et, ce* « *qui serait plus grave, marquer un désaccord avec nos* « *mœurs et notre mentalité ? Il est emprunté principale-* « *ment au régime allemand. Or, pouvons-nous impuné-* « *ment l'intercaler dans une législation d'origine pure-* « *ment française ? Ne serait-ce pas nous préparer une* « *législation bigarrée, à la façon d'un habit composé d'étof-* « *fes aux couleurs différentes, partie aux couleurs fran-* « *çaises, partie aux couleurs germaniques ?* » (2). Ce passage éloquent du discours de M. Van den Heuvel, qui témoigne d'un sens juridique très délicat, pourrait servir d'exergue à tous ces développements : il les résume à merveille. L'introduction dans les législations latines de la solution germanique du problème de la recherche de la paternité, c'est une teinte criarde au milieu d'un tableau au coloris tendre, c'est une note fausse dans une symphonie, c'est un manque de goût inexcusable (3); et de

(1) Van den Heuvel. Sénat belge, 1907, n° 126, p. 142, 2° col.

(2) Van den Heuvel. Sénat belge, 1907, n° 164, p. 166, 1^{re} col.

(3) M. Van den Heuvel disait encore dans un autre passage de son discours qui fourmille en remarques justes et fines : « Le projet qui vous a été soumis par la Chambre (système latin) est « conçu dans ce que je pourrais appeler la même *architecture ju-* « *ridique* que notre Code civil. Celui de la commission de justice « du Sénat (syst. germanique) est conçu dans le *style* de notre « ancien droit coutumier et de la législation allemande contem- « poraine. Le système voté par la Chambre est *en harmonie par-* « *faite* avec l'organisation générale du Code, avec les idées qui « ont présidé à sa confection et il a, partant, le mérite de n'y intro- « duire aucune matière *disparate*. » Van den Heuvel. Sénat 1907, n° 164, p. 165, 2° col.

telles fautes, en matière législative, peuvent entraîner les plus graves et les plus désastreuses conséquences.

Il est indispensable qu'une loi relative à l'organisation de la recherche de la paternité naturelle soit en harmonie avec l'ensemble du droit relatif à la filiation illégitime. « Il n'est pas permis d'isoler arbitrairement un principe « du régime dont il fait partie. Le système de la filiation « naturelle constitue un *bloc* dont les règles se justifient « les unes les autres » (1). Le système allemand est cohérent, car il applique indistinctement le même régime à tous les enfants naturels ; mais il faut adopter ou repousser en totalité ses dispositions ; elles se complètent et se corrigent mutuellement. Le problème de la filiation naturelle ne peut être examiné et traité en détails, sans souci de l'ensemble : il doit être envisagé dans la complexité de ses multiples éléments. Nous offrons une situation favorable à l'enfant naturel volontairement reconnu, tant du côté paternel que du côté maternel. Notre souci de l'égalité et de la justice ne saurait s'accommoder d'une solution qui impose plus lourdement la mère que le père et qui « attache un avantage au fait que l'homme aura essayé « de se soustraire à ses obligations ! » (2).

L'esprit latin ne saurait donc s'assimiler cette conception étrangère (3). Il se fait une idée toute différente et beaucoup plus élevée des devoirs sacrés qu'entraîne, pour le père, le fait d'avoir appelé à la vie un enfant. Il ne le tient pas quitte des graves obligations qui lui incombent par le seul paiement d'une petite pension : sa paternité lui impose des devoirs plus étendus, dont il ne peut se libérer avec quelques pièces d'argent. Pourquoi restreindre, en faveur d'un homme qui renie son sang, les effets normaux de la filiation ? Pourquoi créer une catégorie spéciale d'enfants naturels, enfants *morganatiques*, enfants *in partibus*, comme on les a spirituellement appelés ? Non,

(1) Champcommunal, *loc. cit.*, p. 94.

(2) Renkin. Chambre belge, 1907, n° 69, p. 82.

(3) M. Scialoja fait la même constatation dans l'*Exposé des Motifs* de son projet de loi.

ce n'est point une chose indifférente de donner, d'imposer la vie à un enfant. Il serait trop aisé de s'acquitter de cette lourde dette en versant quelques trimestres de rente alimentaire, sans se soucier davantage de l'avenir de l'enfant. La mission du père, difficile et délicate entre toutes, consiste à nourrir l'enfant, à l'élever, à le soigner, à veiller à son éducation morale et religieuse, à son développement intellectuel, à le mettre en état de subvenir lui-même à ses besoins, honnêtement, par son travail et son intelligence, à le préparer au combat auquel il l'a appelé, à l'aguerrir, à fortifier son corps et son âme, à mettre entre ses mains toutes les armes nécessaires à la lutte et à la victoire. Telle est la responsabilité morale qui incombe au père et elle ne saurait être atténuée parce que celui-ci a commis la faute de procréer hors mariage. Au lieu de cela, qu'arrive-t-il dans le système germanique ? dit M. de Buman (1). « On prouve qu'un homme a tiré du néant un être humain, qu'il lui a donné l'existence ; on prouve que cet homme est son père et, de cette preuve immense qui devrait être si fertile en conséquences sociales, matérielles et juridiques, on ne fait découler qu'une maigre pension alimentaire pour l'enfant et une indemnité pour la mère ! En présence de la grandeur de l'effort et du mince résultat obtenu, on est tenté de dire avec le poète : *Desinat in piscem mulier formosa superne* ».

Le système germanique fait *trop peu* pour l'enfant naturel en ce sens que, s'il se dégage de l'examen des faits et des circonstances de la cause, comme dans les cas de concubinage et de possession d'état, la certitude que le défendeur est le père de l'enfant, celui-ci ne saurait se contenter d'une simple pension alimentaire. Mais, par contre, il impose au défendeur une charge *trop lourde* et il provoque la plus criante injustice, si le juge attribue à la légère une paternité, sans en avoir acquis la conviction profonde. Une telle décision n'a légalement que des conséquences pécuniaires, mais elle comporte aussi, pour qui

(1) De Buman, *De la créance alimentaire en droit fribourgeois*, p. 151.

sait les apprécier, des conséquences morales ; elle constitue, pour le condamné, une flétrissure, et elle émeut sa conscience. Tel est, du moins, le sentiment des peuples latins qui se font des devoirs de paternité une idée particulièrement élevée. « En vérité, disait M. Van den Heuvel
« aux partisans du système germanique, vous accordez
« des droits à un plus grand nombre de bénéficiaires.
« Mais ne va-t-on pas dire que vous portez atteinte à la
« conception morale que l'on doit se faire de la paternité ?
« Les générations qui se succèdent sur ce sol depuis un
« siècle — et c'est peut-être un titre glorieux — ont grandi
« la notion des devoirs que comporte la paternité ; elles
« considèrent que celle-ci impose des devoirs de tous
« genres, obligations pécuniaires, obligations d'assistance
« et d'éducation, de direction et de protection. Ne brisez
« pas ce faisceau : vous n'en retenez qu'un fragment » (1).
On ne saurait donc être à demi le père d'un enfant. Si, au point de vue légal et pour des raisons d'ordre social, il existe deux paternités différentes, la paternité légitime et la paternité naturelle, au point de vue moral il n'en peut y avoir qu'une seule. La loi civile ne peut se mettre aussi ouvertement en contradiction avec la loi morale. La paternité se compose d'un certain nombre d'éléments que M. Van den Heuvel énumère d'une façon assez complète dans les termes suivants : obligations pécuniaires, obligations d'assistance et d'éducation, de direction et de protection. Que, dans un intérêt social, et par faveur pour la famille légitime, le législateur réduise les obligations pécuniaires du père envers l'enfant naturel, cela peut encore se comprendre et se justifier. Mais il n'a pas le droit de dispenser le père naturel des autres devoirs qui lui incombent ; mérite-t-il cette faveur, celui qui n'a pas eu le courage de reconnaître sa paternité ? Et si on le juge indigne d'exercer cette mission, il est plaisant de laisser l'enfant sans protection et de lui retirer la plupart des avantages qu'il serait en droit d'attendre de la preuve de sa filiation ! Quand l'enfant est parvenu à établir qu'il est issu de tel homme, il

(1) Van den Heuvel. Sénat belge, 1907, n° 164, p. 166, 2° col.

doit pouvoir trouver en lui un véritable père, de même qu'il trouve une véritable mère. Ce qu'il faut à l'enfant, c'est un père dans le sens plein du mot, et non un débiteur, un bailleur de fonds (1). De la preuve de la filiation découlent nécessairement et inéluctablement un certain nombre de droits pour l'enfant et d'obligations pour le père. Quand la paternité est solidement établie, il n'y a aucune bonne raison pour soustraire le père aux conséquences normales de ses actes. Il y a ici, dit un auteur suisse (2), une situation *indivisible* : ou l'enfant est issu d'un tel père, ou il ne l'est pas. Si la preuve est faite pour les aliments, elle doit l'être aussi pour l'état civil et la succession. Il ne saurait y avoir de demi mesure ni de juste milieu. M. Martin, à l'assemblée des juristes suisses à Neuchâtel, jugeait en ces termes la conception germanique. « Quant au système d'après lequel on permet à l'enfant naturel de réclamer des aliments au père présumé sans lui accorder la recherche de la paternité, il doit être repoussé comme *illogique* et *contradictoire*. Sur quel fondement repose, en effet, un jugement qui condamne un homme à fournir des aliments à un demandeur ? Sur l'idée que cet homme est le père de l'enfant demandeur. De deux choses l'une : ou la preuve n'est pas complète, et alors on ne peut pas condamner le défendeur, même à fournir des aliments, ou la preuve est faite, et, alors, il faut aller plus loin et décider qu'un lien de filiation, qu'une parenté civile existe entre les parties en cause » (3). Et M. Lavollée pose, dans des termes aussi précis, ce même dilemme d'où l'on ne saurait sortir. « Ou le défendeur est le père de l'enfant, et il doit supporter toutes les conséquences de sa paternité, ou il ne l'est pas, et il ne doit supporter aucune charge, si minime fût-elle » (4). Telle est la conception logique et juste que l'esprit latin se fait du problème de la recherche de la paternité naturelle. Il ne veut

(1) En ce sens Lehr, *loc. cit.*, p. 644.

(2) Henri Robert, *op. cit.*, p. 414.

(3) Martin. *Zeitschrift für schweiz. Recht*. Nouv. Suite, vol. VII, p.^s 610, 611. Voy. dans le même sens Nagorski, *op. cit.*, p. 172, 173.

(4) Lavollée, *op. cit.*, p. 303.

pas qu'on puisse lui adresser ces paroles d'une ironie mordante par lesquelles M. de Mot stigmatisait le système germanique : « Ce n'est pas le père, mais il passera pour « l'être. L'amphytrion est celui chez qui l'on dîne; le père « est celui qui est condamné à payer la pension alimen-
« taire » (1).



Mais la solution latine du problème de la recherche de la paternité n'est pas à l'abri de toutes les critiques. Si elle confère aux enfants naturels des droits étendus dans les successions de leurs père et mère, si elle leur offre une place au foyer, elle les soumet aussi à la puissance de ceux-ci. Le père, contre lequel a été rendu un jugement déclaratif de paternité, acquiert donc sur l'enfant les droits importants de la puissance paternelle, avec tous les attributs relatifs aux biens du mineur, la jouissance légale et l'administration légale. On conçoit sans peine la gravité du danger que peut faire courir à l'enfant l'exercice perfide de ce pouvoir redoutable. Et l'on n'a pas manqué de faire état de cette crainte pour condamner le système latin.

Cependant, quelques lois récentes édictées dans les pays latins sont déjà venues apporter quelques remèdes à cette situation angoissante (2). Il convient, dès l'abord, de remarquer que la puissance paternelle n'est pas confiée sans restriction au père naturel ; on décide généralement qu'il y a lieu à nomination d'un tuteur. La loi française de 1907 a consacré cette solution. Elle a, de plus, confié les pouvoirs du conseil de famille, quand il s'agit d'enfants naturels, au tribunal de première instance du lieu du domicile légal du parent investi de la tutelle. Sur ce point, l'orga-

(1) De Mot, Sénat belge, 1907, n° 142, p. 155, 2° col.

(2) Loi française du 24 juillet 1889 sur la déchéance de la puissance paternelle ; loi portugaise (1897) même sujet ; loi belge du 15 mai 1912 sur la protection de l'enfance ; enfin, loi française du 2 juillet 1907 sur la tutelle et la protection des enfants naturels.

nisation de la famille naturelle se différencie de celle de la famille légitime ; soustrayant l'enfant naturel à la surveillance indifférente d'une assemblée d'étrangers, la loi s'en remet au contrôle plus efficace des pouvoirs publics. C'est un premier pas fait vers la conception germanique de la protection des enfants naturels. Il est indéniable que, sous ce rapport, le système allemand apparaît comme supérieur au système français et produit les résultats les plus satisfaisants. Mais son fonctionnement nécessiterait une réforme totale de l'organisation et des pouvoirs de nos tribunaux, afin d'adapter ceux-ci à leur nouveau rôle. D'ailleurs les esprits sont-ils bien préparés à accueillir et à comprendre une telle institution ? On peut en douter. C'est d'ailleurs là une question que nous ne pouvons examiner ici.

Mais nous voudrions montrer que si imparfaite qu'elle soit, la loi française de 1907, largement interprétée, est susceptible de parer aux graves inconvénients que peut faire naître la dévolution de la puissance paternelle à un père qui a renié son enfant et n'est animé, à son égard, que de sentiments de haine. Car il faut bien le reconnaître, c'est là, avec la protection de la famille légitime, la plus grosse objection que soulève la conception latine de la recherche de la paternité naturelle : c'est la crainte des abus de pouvoir qui a le plus profondément ému les partis féministe et socialiste.

Or, examinons les choses d'un peu plus près et voyons si ces critiques sont fondées. On nous dit : Il est très beau de vouloir se montrer généreux envers l'enfant naturel et de décréter qu'il a droit, non seulement à une pension alimentaire, mais à l'affection, à la protection de son père, à une place à son foyer ? Mais si les tribunaux peuvent assurer la situation juridique de l'enfant, s'ils peuvent contraindre un homme à payer une somme d'argent, ils sont impuissants à le forcer à soigner avec l'empressement et le dévouement indispensables, à aimer avec le cœur d'un père, cet enfant qui lui a été imposé de force et qui l'a traîné devant les tribunaux pour le salir et le déshonorer. Selon la forte expression de

M. Denis, l'enfant « commence par assassiner son père « moralement » (1) avant que la justice ne le déclare son père. Que peut-on raisonnablement espérer des rapports familiaux qui s'établiront dans des conditions aussi défavorables ? L'intervention du Tribunal est, non seulement destructive d'affection, mais elle engendre la haine. Le père et l'enfant ne sont plus l'un pour l'autre, des étrangers, des indifférents, ce sont deux ennemis qui sont liés ensemble par des liens étroits : l'un est faible et sans défense, l'autre, dont le cœur est ulcéré, possède une puissance redoutable. Est-il irréel, n'est-ce pas, au contraire, très humain que ce « père forcé », animé de sentiments de colère et de vengeance, abuse de la situation et fasse servir à l'assouvissement de sa haine un pouvoir qui réclame l'amour le plus dévoué ? Au reste, nous avons déjà entendu les protestations des féministes à ce sujet (2). C'est donc uniquement au foyer de la mère que l'enfant a chance de trouver l'atmosphère d'affection et de protection, qui est nécessaire à l'épanouissement de sa vie fragile et à la formation de son âme neuve. Le comte Goblet d'Aviella résumait ainsi au Sénat belge son opinion sur la question : « De même qu'on dit souvent que l'argent « n'a pas d'odeur, on peut dire que l'argent n'a pas de « sentiments. L'affection et la haine n'ont plus rien à y « voir quand le paiement s'est effectué. La mère élèvera. « Le père récalcitrant paiera. Je ne vois pas de solution « plus satisfaisante » (3).

Ah ! certes, si les choses devaient se passer, en fait, comme nous venons de le dire, si le père était ce monstre que nous avons dépeint, si l'enfant devait être remis, sans examen et sans contrôle, dans ses mains criminelles, nous serions les premiers à nous associer à ces protestations et à flétrir une législation qui favoriserait de telles infamies. Mais, sans nier le danger, nous croyons qu'il est, en grande partie, exagéré et qu'il est d'ailleurs possible d'y parer.

(1) Denis. Deux. disc. à la Chambre belge, n° 247, p. 227, 1^{re} col.

(2) Voy. *supra*, page 797.

(3) Goblet d'Aviella. Sénat belge 1907, n° 144, p. 157, 2° col.

C'est à peine si l'on découvre, relativement à cette grave question, quelques allusions rapides dans les travaux préparatoires de la loi française de 1912. Mais, si concises qu'elles soient, ces indications présentent un réel intérêt et méritent de retenir l'attention. En Belgique, le péril a été pressenti avec une remarquable perspicacité, mais il n'a guère été compris que par les défenseurs du système germanique et l'opposition irréductible que manifesta la commission sénatoriale au système adopté par la Chambre des Représentants, accapara l'attention tout entière et causa en grande partie l'imperfection de la loi sur ce point comme sur tant d'autres. On aperçut bien le danger qu'il y avait à conférer la puissance paternelle à un père dont la conduite indigne a nécessité une intervention judiciaire, mais on négligea de prendre des mesures à cet effet dans la hâte qu'on avait d'aboutir enfin à une solution transactionnelle sur la question générale de la recherche de la paternité. D'ailleurs, le projet de la Section centrale prévoyait dans trois articles l'organisation de la tutelle des enfants naturels (1) ; mais, sur la demande du ministre de la Justice, ces articles furent supprimés et leur examen fut renvoyé au jour prochain où l'on discuterait la proposition de loi qui était alors en préparation, sur la protection de l'enfance (2). Par contre, le législateur suisse a édicté, sur ce point, des dispositions particulièrement intéressantes (3).

En France, le législateur s'est retranché derrière la loi du 2 juillet 1907 (4). Nous ne pouvons songer à présenter ici une étude de ce document législatif. Mais qu'il nous soit permis d'indiquer quelles garanties il nous offre et quels services il est susceptible de rendre. « La puissance
« paternelle sur les enfants naturels légalement reconnus,
« nous dit ce texte, est exercée par celui de leurs père et

(1) Articles 4, 5, 6 du projet Mabille.

(2) Chambre belge, 1907, n° 67, p. 80, 1^{re} col. — Le projet est devenu la loi du 15 mai 1912.

(3) Voy. *supra*, pages 602 et suiv.

(4) Guillier. Rapport au Sénat français, n° 369, p. 44.

« mère qui les a reconnus le premier ». Or, dans la grande majorité des cas, l'action en paternité est exercée par la mère qui a préalablement reconnu son enfant. Il est même nécessaire, quand l'action est basée sur des faits de séduction frauduleuse, de concubinage ou de possession d'état, que la filiation maternelle de l'enfant soit légalement établie. Comment découvrir le père si l'on ignore la mère ? Dès lors on peut dire qu'en règle générale la mère, ayant reconnu son enfant, exercera la puissance paternelle. Elle aura donc le droit de le garder près d'elle, de le soigner, de l'élever, de l'éduquer. Son consentement suffira quand l'enfant voudra se marier. Les féministes ne s'en plaindront pas et il faut souhaiter que les mères naturelles sauront démontrer, par leur conduite, l'erreur de cette opinion, couramment exprimée, que la violation de la pudeur, chez la femme, entraîne la perte de toutes les vertus. Il ne dépend que d'elles de donner un démenti au mot intransigeant de de Bonald : « N'en croyez pas les romans, il faut « être épouse, pour être mère ». Quant au père, quelle sera son attitude ? Privé de tout droit sur la personne de l'enfant, il paiera la pension alimentaire peut-être en mau-gréant, mais, qu'importe ? Cependant, il pourra arriver que, la mère étant morte, interdite ou absente, il soit investi de la puissance paternelle. Certes, la situation, en ce cas, réclame toute notre attention. Sans vouloir être trop optimiste, nous pensons que l'on s'est considérablement exagéré la crainte des abus. Essayons de nous placer en face de la vie et de scruter un peu l'âme humaine. En effet, si le père est d'une condition sociale analogue à celle de la mère, il n'est pas impossible que cet homme, comprenant que l'importance et le nombre des liens juridiques, qui le rattachent à l'enfant, lui interdisent en fait d'aller fonder ailleurs une famille légitime, soit amené à l'idée de régulariser la situation en épousant la mère. Souvent ainsi, les colères suscitées momentanément par le procès s'apaiseront et la réconciliation se fera sur la tête innocente de l'enfant. Cet heureux dénouement n'a rien de chimérique, particulièrement dans les cas de possession d'état et de concubinage, où l'enfant a été aimé,

choyé, soigné par le père pendant des années avant le procès. Comme on s'est plu à le dire, l'enfant devient « le trait d'union qui rapproche les parents » (1). D'autres fois, le défendeur est d'un rang social supérieur à celui de la mère ; or, il est fort à présumer que, dans cette hypothèse, le père, humilié par la flétrissure de la condamnation, n'aura qu'un désir, c'est de faire le silence au plus tôt sur cette fâcheuse affaire, à moins de vouloir accumuler sur son nom toutes les hontes et se suicider moralement ; il ne songera guère à tirer une vaine et stupide vengeance d'un enfant qu'il a appelé lui-même à la vie ; de même il se gardera bien d'élever auprès de lui le témoin vivant de son déshonneur ; il ne cherchera point à le disputer à la mère. Il veut seulement les ignorer l'un et l'autre. Sans doute, ce père s'acquitte indignement de son rôle sacré, mais il ne nuit pas non plus à l'enfant. Qu'il se contente de verser la pension alimentaire ; c'est tout ce qu'on réclame de lui. En fait, il se conduit comme si, conformément au système germanique, il n'était astreint qu'au paiement d'une rente alimentaire, mais l'enfant naturel a, vis-à-vis de lui, des droits beaucoup plus étendus. Enfin, si le père naturel est déjà marié et qu'il ait une famille légitime, il sera dominé par l'unique souci d'écarter de son foyer l'intrus, dont la présence raviverait perpétuellement sa colère et serait, pour la femme et les enfants légitimes, une cause de continuels froissements et un ferment de désunion. Celui-là encore se contentera de payer la pension ; le ressentiment et les désirs de vengeance qu'il concevait peut-être au lendemain du procès, s'adouciront peu à peu avec le temps, à mesure que la réflexion aura fait apparaître, en son esprit plus calme, une vision plus nette de ses vrais intérêts ; il deviendra bientôt, sous l'empire d'un réel besoin de paix et d'oubli, d'une vague indifférence à l'égard de la mère et de l'enfant. Mais, admettons cependant qu'on puisse rencontrer un père assez fou, assez aveuglé par la haine pour n'être pas touché par la faiblesse et l'innocence d'un petit être qui veut

(1) Viollette. Rapport à la Chambre, 1911, p. 24.

vivre et qui ne sait pas, pour n'être pas désarmé par le sourire accueillant et confiant de son propre enfant, admettons qu'il existe, cet homme, dont la raison est à ce point égarée qu'il n'hésite pas à commettre l'effroyable sacrilège de maudire le sang de son sang, il est encore possible de prévenir cette abomination et d'empêcher ce monstre de réaliser ses projets odieux. Tout d'abord, nous trouvons, dans la loi du 2 juillet 1907, un petit alinéa qui nous est déjà un précieux remède : « *Le Tribunal peut, toute-
« fois, dit l'article 383 nouveau, si l'intérêt de l'enfant
« l'exige, confier la puissance paternelle à celui des pa-
« rents qui n'en est pas investi par la loi* ». Cette simple phrase renferme toute la conception moderne de la *puissance paternelle*. Déjà le Code Napoléon avait laissé entendre que la puissance paternelle ne consistait pas en un pouvoir absolu et discrétionnaire des parents sur l'enfant, mais devait s'exercer uniquement dans l'intérêt et pour la protection de ce dernier. C'est Cambacérès qui a posé ainsi, le 9 août 1793, à l'assemblée de la Convention, le principe nouveau qui émanait directement de la philosophie pédagogique et sociale de Jean-Jacques Rousseau : « La voix impérieuse de la raison s'est fait entendre ; il
« n'y a plus de puissance paternelle, c'est tromper la na-
« ture que d'établir ces droits par la contrainte ; surveil-
« lance et protection, voilà les droits des parents ; nour-
« rir et élever leurs enfants, voilà leurs devoirs. » Mais ces idées hardies, qu'acclamaient avec enthousiasme des révolutionnaires ivres de liberté, effrayèrent le législateur plus modéré de 1804. Il admit sans doute le principe, mais il n'inscrivit dans le Code aucune disposition qui en fût nettement inspirée. Ce devait être l'œuvre de la Troisième République, de développer cette tendance généreuse. Et, ainsi, depuis plus de quarante ans, notre droit s'est enrichi de nombreuses lois, imprégnées d'une foi profonde dans le droit de l'enfant. La puissance paternelle n'a rien de commun aujourd'hui avec la *patria potestas* des Romains. Elle n'est plus ce pouvoir redoutable qu'exerçait le *paterfamilias* sur tous les membres de sa famille, pouvoir qui lui conférait les droits les plus étendus et sou-

mettait les enfants à la juridiction souveraine du père. Aujourd'hui, la puissance paternelle n'est pas accordée dans l'intérêt des parents ; elle leur attribue moins de droits qu'elle leur impose de devoirs. C'est une grande mission, mission délicate entre toutes qui leur est confiée ; car ils ont le devoir de former l'âme de l'enfant et de le préparer à la vie. On va même jusqu'à considérer que cette fonction est, en quelque manière, déléguée aux parents par les pouvoirs publics. Ceux-ci sont donc fondés à relever les parents indignes du poste de confiance dont ils avaient la garde. L'enfant est ainsi devenu le centre du groupe familial, vers lequel convergent tous les regards, vers lequel se tendent tous les efforts, parce qu'il porte en lui l'espérance et qu'il représente l'avenir. Aussi le bien-être matériel et moral de l'enfant constitue le souci dominant du législateur ; c'est *l'intérêt de l'enfant* qui doit l'emporter sur tous les autres. Telle est la conception moderne de la puissance paternelle. Nouvelle, elle ne l'est pas, à proprement parler. Elle fut lancée dans le monde, sous la forme d'un roman séduisant, par le grand semeur d'idées que fut Rousseau. Longtemps combattue, considérée comme une utopie dangereuse, elle commence seulement à se réaliser. Et ainsi, une idée, si étrange qu'elle paraisse, est douée d'une force irrésistible qui finit par triompher des résistances et des préjugés ; de même que la vague furieuse, qui se brise avec fracas contre les flancs de la falaise, mine lentement sa base et fait, un jour, crouler dans la mer mugissante le rocher tout entier. Déjà cette conception a provoqué en France plusieurs réformes législatives intéressantes dont la plus importante est la loi du 24 juillet 1889, sur la déchéance de la puissance paternelle. Cette loi, qui fut obtenue à la suite d'une longue croisade de M. Th. Roussel, montrait malheureusement l'optimisme exagéré du mot de Le Play : fondée sur la dignité créatrice et l'amour paternel, cette autorité est, « de toutes les puissances, celle dont on abuse le moins ». C'est dans l'application des sanctions prévues par cette loi que M. Guillier nous conseille d'aller chercher le remède aux dangers que présente l'exercice de la puissance pater-

nelle par un père qui use de représailles à l'égard de son enfant. Or, il apparaît nettement que cette garantie est absolument insuffisante. Elle est, sans doute, la seule possible à l'égard de la famille légitime, puisque les parents sont investis par la loi de l'autorité paternelle. Mais il y a mieux à faire quand il s'agit de parents naturels qui, souvent, offrent de médiocres garanties de moralité. Faut-il donc attendre que l'enfant ait subi de mauvais traitements, qu'il ait souffert, qu'il ait été privé, pour que l'autorité publique se décide à intervenir. Mais le mal est déjà fait et il est irréparable. On peut quelquefois éviter qu'il s'aggrave, mais on ne saurait effacer les ravages qu'il a déjà faits. Le corps et l'âme d'un enfant sont tendres et fragiles ; les premières blessures qu'il reçoit laissent en lui des plaies inguérissables et qui compromettent à jamais sa santé morale et physique. Et puis il y a tant de façons de nuire à un enfant, de lui rendre la vie amère, sans le maltraiter, sans justifier l'intervention des tribunaux, sans tomber sous le coup de la loi de 1889 qui, malgré l'apparente généralité de ses termes, ne prévoit que des hypothèses d'une exceptionnelle gravité. Aussi, ne saurions-nous trouver dans l'application de ce texte les garanties nécessaires à la protection de l'enfant. Il est bien de réprimer les abus, il est préférable de les prévenir. Or, il nous semble que, pour réaliser ce vœu, les tribunaux n'auront qu'à s'inspirer de l'esprit de la loi de 1907 qui exprime avec tant de netteté dans l'article déjà cité, quels doivent être le principe et le but de la puissance paternelle : l'intérêt de l'enfant. Le législateur, après avoir édicté les règles d'attribution et de dévolution légales de cette fonction aux parents naturels, confère aux juges le droit d'apporter, dans la mesure où l'intérêt de l'enfant l'exige, des dérogations à ces règles ; ils sont libres de confier l'autorité paternelle à celui des parents qui n'en est pas investi par la loi. Le principe est désormais inscrit dans le Code ; sans doute, on eût souhaité qu'il fût plus largement développé et qu'on en tirât de plus amples conséquences. Mais l'impulsion est donnée et les tribunaux, qui ont le devoir de se conformer à la volonté et aux tendances du législateur,

devront le suivre dans la voie nouvelle qu'il a tracée ; c'est ainsi qu'ils trouveront, dans la précieuse disposition de l'article 383, deuxième alinéa, le correctif indispensable des funestes effets, que pourrait entraîner parfois la loi française relative à la recherche de la paternité naturelle. Ils n'auront pas alors la mission pénible de prononcer la peine infamante qu'est la déchéance de la puissance paternelle. Ayant eu le soin de mettre l'enfant à l'abri du danger et le père suspect dans l'impossibilité de nuire, ils auront épargné à l'un bien des douleurs et des misères, à l'autre la plus dégradante des flétrissures. Le rapporteur à la Chambre a pris soin de prévenir les juges contre les abus possibles et de ne pas hésiter à prendre les mesures nécessaires ; comprenant bien la gravité du danger et l'inefficacité du remède proposé, il disait : « Vis-à-vis de la « mère, le père est, en quelque sorte, dans la situation d'un « époux divorcé à ses torts. Son droit de visite sera réglé- « menté et le tribunal restera toujours libre de lui confier « son fils ou sa fille, soit immédiatement, soit lorsqu'ils au- « ront grandi, et dans la mesure où le commandera l'inté- « rêt de l'enfant. » Ces paroles, pleines de sagesse, ne sont-elles pas la reproduction presque textuelle des articles 323 et suivants du Code civil suisse ? Mais on peut regretter qu'elles aient été seulement inscrites dans un rapport ; il eût fallu qu'elles fussent écrites dans le Code lui-même, à la suite de la loi de 1912. Oui, le père, qui renie son enfant, qui se soustrait à son devoir le plus sacré, est un homme suspect ; il y a danger à remettre dans ses mains le pouvoir éminemment redoutable de l'autorité paternelle, car, pour l'exercer dignement, il faut être pénétré de la grandeur de cette mission, avoir le courage d'assumer les responsabilités, être prêt à se dévouer, à se sacrifier même, il faut, en un mot, sentir battre en sa poitrine un cœur de père .

C'est précisément cette conception très belle et très haute du devoir paternel qui est celle qu'adopte l'esprit latin. Il estime, d'une part, que ce n'est pas assez faire pour l'enfant naturel de lui donner le droit à une aumône, et qu'il ne peut grandir, prospérer, se fortifier, vivre, dans

le plein sens du mot, s'il n'a pas, lui aussi, passé par l'école de la famille, s'il n'en a pas reçu les précieux enseignements et conservé, au fond de son cœur, la salutaire et ineffaçable empreinte. Le législateur a, par là-même, montré au père naturel toute l'étendue de ses obligations ; il lui a fait peser tout le poids de sa responsabilité ; il lui a fait comprendre que ce qu'on attendait de lui, ce n'était pas le sacrifice peu méritoire de quelques pièces d'argent, mais l'accomplissement intégral du devoir le plus sacré. Le vœu du législateur latin, c'est d'offrir à tout enfant qui ouvre ses yeux à la lumière, un berceau, un foyer où il trouve l'affection et les soins indispensables à son plein développement physique et moral, un père et une mère qui accueillent joyeusement l'arrivée du fruit de leurs amours. Il ne suffit pas, en effet, de proclamer le droit de l'enfant à la vie ; c'est, pour lui, un droit si naturel qu'on éprouve quelque peine à croire qu'il ait pu si longtemps rester méconnu. Il faut encore donner à l'enfant la possibilité d'exercer ce droit ; aussi faut-il lui permettre de réclamer l'assistance de ses parents et de recevoir la bienfaisante influence de la famille. « Il faut, disait M. L. Martin, que l'enfant soit encadré dans une famille, qui « l'élève honnêtement et qui se sente responsable de tous « ses actes » (1).

Rêve audacieux peut-être ! Mais, parfois, les rêves se réalisent !... Est-il donc impossible que le père comprenne un jour et accepte de lui-même les responsabilités, quand il saura que l'enfant peut dénoncer à l'opinion publique son indigne conduite et le ramener, par un jugement flétrissant, au poste qu'il a déserté ! Sans doute, le père obéira plus souvent au vil sentiment de la crainte qu'au noble sentiment de l'amour paternel. Et c'est en ce sens que la « crainte du procès », dont M. de Lamarzelle a montré l'influence funeste, peut produire les meilleurs effets. Suppléant le courage défaillant, elle amènera celui qui tentait de se soustraire à ses obligations, à acquitter lui-même, de

(1) L. Martin. Sénat. Déb. *J. Off.*, 10 juin 1910, p. 1483.

son plein gré, sa dette sacrée ; il ira peut-être jusqu'à la reconnaissance volontaire, jusqu'à la légitimation, jusqu'au mariage, plutôt que de s'exposer à la condamnation inévitable des tribunaux et au blâme redoutable de l'opinion publique. « Que de fois, dit M. Pouzol, l'enfant est « *l'unique cause du mariage!* Et que d'unions qui ne se « fussent jamais formées sans la présence de cet intéressé et gracieux médiateur, l'enfant, tout besoin, tout « faiblesse ! » (1). Ainsi, peu à peu, à ce bas sentiment de la crainte, des sentiments plus élevés, plus nobles, feront place ; le cœur du père qui, malgré lui, bat dans sa poitrine, ne pourra longtemps rester insensible à l'accueil confiant, à la grâce souriante de l'enfant. L'amour paternel s'éveillera lentement dans son âme apaisée. Et, enfin, par son innocence et sa faiblesse même, l'enfant aura réalisé ce miracle de créer une famille entre deux personnes qui avaient, un instant, songé à se haïr, à se maudire, à se déchirer, mais qui se sont réconciliés à jamais sur la tête du petit être né de leur étreinte passionnée.



On fait aussi très fréquemment état d'une objection qui consiste à opposer aux intérêts de l'*enfant naturel* ceux de la *famille légitime* ; cette critique est couramment adressée à toutes les lois qui se proposent d'améliorer la condition juridique des enfants naturels. Sans doute, on ne peut trouver que de très rares et très timides protestations contre le principe de l'autorisation de la recherche de la paternité. N'oublions pas que Le Play (2), ce fana-

(1) Pouzol, *op. cit.*, p. 240.

(2) Il serait intéressant de chercher à déterminer d'une façon précise la position de l'école de Le Play en face de cette question. Si l'on parcourt les écrits de Le Play et de ses disciples, on s'aperçoit rapidement que c'est surtout le problème de la séduction qui les a inquiétés. Voy. Le Play, *Réforme sociale en France*, t. I, ch. III, § 26, p. 281, 284. La réforme qu'ils réclament est des plus timides : c'est la confirmation par un texte de loi de la jurisprudence libérale, qui s'était formée autour de l'art. 340. « Les disci-

tique de la famille, avait placé au rang des réformes les plus urgentes, l'abrogation de l'article 340 du Code Napoléon ; elle a été également réclamée par des défenseurs ardents des traditions familiales et par des catholiques, tels que MM. Lacointa et Jacquier. Mais les objections reparaissent lorsqu'il s'agit d'organiser cette recherche et de décider de l'étendue des droits qu'il convient de conférer à l'enfant naturel. Et, généralement, les partisans de la famille ne lui accordent qu'une maigre pension d'aliments. Ainsi se trouve indirectement attaquée la conception latine, plus libérale au point de vue des effets de la reconnaissance que la conception germanique. Cette critique est souvent masquée par des arguments de façade ; mais elle occupe une place prépondérante dans l'esprit d'un grand nombre de ceux qui défendent le système de la paternité alimentaire. Moins apparente, moins avouée, elle est cependant la raison secrète, la cause réelle de toutes les autres objections. Aussi le problème de la recherche de la paternité n'est-il, en définitive, qu'un des aspects du grave problème de la famille. Le législateur moderne a plutôt le souci des intérêts individuels que celui des intérêts collectifs. Les individus gagnent alors en puissance et en indépendance, ce que le groupe perd en force et en cohésion. Et, précisément, une loi relative à la recherche de la paternité naturelle qui, selon la conception latine, autorise l'enfant illégitime à s'imposer à son père, et lui confère des droits analogues à ceux d'un enfant légitime, ne va pas sans inquiéter gravement les esprits qui s'alarment de cet envahissement rapide de la famille, fon-

« ples de l'Ecole de Le Play, dit très nettement M. Michel dans « un article de la *Réforme sociale*, ont moins en vue la recherche « de la paternité, comme moyen de faire proclamer la filiation de « l'enfant que le droit pour la mère de réclamer des dommages- « intérêts et d'obtenir des secours (indirectement c'est l'intérêt de « l'enfant). Ils demandent surtout la *protection de la jeune fille* « et les secours pour la fille séduite ». Michel. *Réforme sociale*, février 1894, p. 786. — Conf. Lacointa, *eod. loc.* 1889, p. 264. — Gigot. *Paternité et séduction*, *eod. loc.*, 1897, p. 767. — Bufnoir, 1897, p. 783. — Gigot *eod. loc.*, 1901, p. 52; 1902, p. 189.

dée sur le mariage, par des enfants issus d'unions irrégulières ou de rapprochements passagers. C'est ainsi que, sans être intentionnellement dirigée contre la famille, une telle réforme conçue dans un tel esprit est susceptible de nuire indirectement à son crédit et à son prestige. Si l'on fait produire au concubinage des effets identiques à ceux qu'entraîne le mariage, celui-ci aura tôt fait d'être délaissé, parce que sa conclusion est entourée de formalités trop compliquées et qu'il asservit encore, par des liens trop étroits, la libre volonté des contractants. De même l'importance des droits conférés aux enfants naturels peut nuire à la famille légitime. Enfin, le fait d'actionner en paternité un homme engagé dans les liens du mariage peut jeter le trouble dans la famille, blesser gravement la dignité de l'épouse, porter atteinte aux sentiments de respect et d'affection, dont les enfants légitimes sont animés, à l'égard de leur père. Il y a là pour la famille un danger qui peut être fort grave, car il peut entraîner la ruine ou, du moins, compromettre la paix du foyer conjugal.

Ce danger, nous ne songeons pas à le nier, mais nous voudrions montrer qu'il est aussi redoutable dans le système germanique que dans le système latin, bien que le premier semble avoir su éviter ce dangereux écueil, en refusant tout droit de famille à l'enfant naturel.

Tout d'abord, quand l'action en recherche de paternité est dirigée contre un célibataire, les droits conférés à l'enfant naturel dans le système latin ne sauraient nuire à la famille du père, puisque l'enfant reste étranger aux parents de celui-ci. Ils ne sont pas davantage contraires aux intérêts de la famille fondée par le mariage du défendeur, puisque, par hypothèse, ce foyer n'existe pas et, peut-être n'existera jamais. Cette affirmation a l'air d'un truisme, et, cependant, il ne nous semble pas tout à fait inutile de l'énoncer. En effet, quand le père sera disposé à créer une famille légitime, il sera, en quelque sorte, grevé d'une hypothèque qu'il ne saurait purger. Il lui sera, d'ailleurs souvent difficile de trouver à se marier dans de telles conditions. Mais, s'il y réussit, l'enfant naturel conserve ses

droits et réduit d'autant la part de la femme et des enfants issus du mariage. Il nuit donc nécessairement à la famille, il diminue ses ressources et vient en concours avec ses membres, lors de la liquidation de la succession de son auteur. Mais il est facile de répondre à cette critique. Les droits que confère à l'enfant naturel le jugement de déclaration de paternité sont fondés sur le lien de filiation qui l'unit à son père ; ce lien a une valeur absolue et ne saurait être réduit dans ses effets par la création postérieure d'une famille légitime. Celle-ci n'a pu être lésée par un fait antérieur à sa formation ; de même que l'épouse n'est pas admise, en droit, à se plaindre de l'existence de dettes qui grèvent le patrimoine de son mari dès avant son mariage, de même la reconnaissance volontaire ou judiciaire d'un enfant naturel, faite par un jeune homme, s'impose comme un fait acquis, aux membres de la famille qu'il fondera dans l'avenir. Enfin, en vertu de quel principe, un créancier pourrait-il soutenir qu'il éprouve un préjudice à raison d'une dette contractée antérieurement à son titre par le débiteur ? C'est une situation fâcheuse qui diminue certainement l'actif de ce dernier, mais à laquelle le second créancier ne peut rien changer, même s'il ignorait cet état de choses. « Je me demande, disait M. de Mot, comment les membres de la famille légitime qui n'existe pas encore et qui n'existera peut-être jamais pourraient être lésés dans leurs droits à raison du passé de l'époux de leur mère, à raison de ce qu'il a fait son mariage avant la création de la famille légitime » (1). Quant au préjudice subi par les ascendants et les collatéraux du père dont la part successorale est réduite ou même anéantie par la présence de l'enfant naturel, on ne saurait le déplorer outre mesure. En faisant ce qu'il a fait, le père naturel a usé de sa liberté ; et il serait vraiment inique que des cousins au douzième degré, peut-être inconnus du défunt, passent avant celui qui est rattaché au *de cujus* par les liens les plus étroits du sang.

(1) De Mot. Sénat belge, 1907, n° 142, p. 155, 1^{re} col.

Faisons, d'ailleurs, remarquer que le système germanique lui-même n'échappe pas entièrement à l'objection. En effet, la pension alimentaire est payable, que le père soit libre ou qu'il soit engagé dans les liens du mariage. Bien plus, d'après la législation allemande, cette pension est indépendante de la fortune et des charges du débiteur ; elle est proportionnée uniquement à la condition sociale de la mère. Les auteurs allemands sont les premiers à reconnaître qu'un tel système conduit aux résultats les plus absurdes et les plus funestes ; car la rente peut absorber toutes les ressources du père qui doit, en outre, subvenir aux besoins de la famille. Et même l'enfant naturel jouit d'un véritable privilège à l'égard des enfants légitimes : c'est sa créance qui passe avant celles des autres (1).

Le véritable danger dont est menacé la famille consiste dans l'intentement de l'action en recherche de paternité contre un homme marié. Nous avons déjà longuement insisté sur ce point. Certes, le mari est maître de son passé : il n'a pas à en rendre compte à qui que ce soit. Mais, cependant, la poursuite dont il est l'objet, témoigne de sa conduite ignominieuse ; le procès révèle nombre de faits de sa vie intime qui ne sont pas toujours à son honneur ; au cours de cette lutte pénible et douloureuse que se livrent les deux anciens amants, le défendeur reçoit souvent des coups directs qui marquent. Il sort de cette épreuve meurtri, diminué ; il n'a plus assez de dignité pour conserver l'estime de son épouse, pour exiger le respect de ses enfants. Le foyer conjugal est profondément troublé, l'union est affaiblie, la paix compromise. Cette crise sera souvent passagère, mais sans provoquer la dissolution du lien conjugal, elle sera un ferment de discorde. Il y a là une conséquence redoutable de l'autorisation de la recherche de la paternité : il ne faut pas se le dissimuler. Mais c'est un grief qu'on peut reprocher aussi légitimement à l'action alimentaire qu'à l'action en paternité proprement dite. Dans l'un et l'autre cas, l'atteinte portée à la famille légitime est aussi grave. Car, dans les

(1) Cf. notre travail, p. 497.

législations où l'enfant naturel acquiert les droits les plus étendus, nous avons vu que de multiples précautions étaient prises et que de sévères prohibitions étaient édictées pour que l'enfant naturel, reconnu pendant le mariage de son auteur ne nuise pas aux intérêts de la femme et des enfants légitimes (1). C'est ainsi, qu'en fait, le seul droit qui reste à l'enfant dans cette hypothèse, c'est celui de réclamer des aliments comme dans le système germanique. Et encore nous savons qu'en France ce droit lui est au moins théoriquement contesté. Quant au droit de prendre le nom de son père, il n'est pas accordé à l'enfant naturel, sans de sérieuses hésitations. Ainsi donc, le jugement de déclaration de paternité ne cause pas à la famille, fondée sur le mariage, un dommage pécuniaire plus considérable que la simple condamnation aux aliments, puisque, en fait, les effets pratiques des deux systèmes sont identiques. Quant au préjudice moral, il est sensiblement égal. Sans doute on pourrait dire que le caractère pécuniaire de l'action alimentaire rendant possible une transaction, le scandale est étouffé et l'affaire a un moindre retentissement. Mais cette objection ne porte pas : elle consiste à se payer de mots et à prendre des apparences pour des réalités. Les pays latins ont adopté certaines dispositions, telles que le huis-clos, la menace de pénalités sévères destinées à garantir les défenseurs contre la divulgation du scandale et les manœuvres de chantage. Mais, en outre, si l'on veut voir les choses telles qu'elles sont, est-ce que vraiment la femme et les enfants légitimes garderont à leur mari et père leur affection et leur confiance, parce que cette triste affaire aura été traitée comme un vil marché en comité secret ? Penseront-ils, parce que le défendeur n'est condamné qu'au versement d'une somme d'argent, que sa faute a été moins grave et sa conduite moins indigne ? Non, ils ne se tromperont pas. Ils sauront que si le chef de la famille est inquiété, et s'il est tenu de payer une pension alimentaire, c'est qu'il a séduit jadis une pauvre fille, c'est qu'il lui a fait un enfant et qu'il les a ensuite abandon-

(1) Voy. notre travail, II^e partie, chap. VI.

nés l'un et l'autre lâchement. Les effets juridiques du jugement peuvent être moins considérables ; au point de vue moral, la faute est la même. Et la conscience de la femme et des enfants la jugera sévèrement. Ainsi il faut bien reconnaître que tant au point de vue pécuniaire qu'au point de vue moral les deux solutions latine et germanique du problème de la recherche de la paternité naturelle causent un égal préjudice à la famille légitime. Si l'on veut éviter cette regrettable conséquence, le remède ne consiste pas, comme certains le croient, dans l'adoption du système de la paternité alimentaire ; il est uniquement dans la prohibition de la recherche de la paternité. Du moment que vous permettez à un enfant de poursuivre son père, alors que celui-ci est engagé au moment de l'instance dans les liens du mariage, vous portez fatalement, inévitablement un coup qui peut être funeste à la dignité et à l'union du foyer conjugal. Sans doute, l'atteinte est moins grave que si l'on admettait la constatation de la filiation adultérine et incestueuse, mais elle est cependant fort douloureuse. Il y a là un danger que personne ne peut songer à nier.

En général on ne l'aperçoit guère ou, du moins, on formule l'objection sous une forme différente, celle du scandale qui éclabousse tous les membres d'une famille et les livre au chantage le plus éhonté, à la calomnie et à la risée de toute une ville. Au fond, c'est la crainte de ces conséquences redoutables qui est la principale raison des sentiments de suspicion et de défiance qu'inspire aux défenseurs de la famille le principe de l'autorisation de la recherche de la paternité et tout particulièrement la solution donnée à ce problème par les législations du groupe latin. Il suffit, pour s'en convaincre, de lire les discours de MM. de Lamarzelle au Sénat français, de Sadeleer à la Chambre belge, et certains articles de revues et de journaux conservateurs. Certes, nous partageons entièrement leurs craintes en ce sens que l'introduction d'une action en paternité ou seulement la menace d'un tel procès peut faire courir à la famille légitime de très sérieux dangers ; plus d'une fois des gens peu scrupuleux abuseront de

l'autorisation qui leur est accordée et détourneront de son vrai but une réforme inspirée par une pensée généreuse. Pour avoir voulu secourir quelques enfants naturels abandonnés et quelques filles-mères dignes d'intérêt, le législateur n'a-t-il pas imprudemment confié une arme fort dangereuse aux mains des intrigantes et exposé, de ce fait, d'honorables familles à de cruelles et pénibles épreuves? C'est là, sans doute, le mauvais côté du système. Ainsi les réformes dictées par les plus purs sentiments de charité et de justice entraînent, parfois, d'inévitables inconvénients dont on avait tout d'abord pas mesuré la gravité. Mais — et c'est sur ce point que nous voudrions insister — que les défenseurs des traditions familiales, par une étrange illusion, ne croient pas trouver le remède à ces maux dans l'adoption du système de la paternité alimentaire ! Nous voulons, au plus vite, leur désiller les yeux et leur montrer clairement que sous des apparences bénignes et réservées, une telle solution importée dans les pays latins conduirait fatalement, tôt ou tard, à la réalisation des réformes les plus audacieuses et les plus dangereuses pour la stabilité, la prospérité et l'union de la famille légitime.

En effet — c'est même l'idée dominante de tout ce travail — la facilité de la preuve est en raison inverse de l'étendue des effets de l'action et du nombre des bénéficiaires. Dès lors, si l'on n'accorde à l'enfant naturel judiciairement reconnu qu'une petite pension alimentaire, on est nécessairement contraint, d'autre part, de lui ouvrir largement l'action en paternité ; la preuve est plus facile, les précautions prises contre les abus sont moindres, l'action est permise, sans distinction, à tous les enfants naturels, simples, adultérins et incestueux. Telle est la conséquence logique à laquelle aboutit la conception germanique : on ne saurait la contester sans contredire l'histoire, sans nier la réalité des faits. Mais, s'il en est ainsi, où sont donc les garanties que réclame la protection de la famille ? Nous n'en trouvons aucune ; nous ne voyons que dangers pour elle. Elle est exposée, sans défense, aux entreprises les plus perfides, aux manœuvres les plus louches, que le législateur n'a pas cherché à déjouer, mais a plutôt favo-

risées en ouvrant, sans restriction, les voies de droit et en les ouvrant à tous.

J'entends dire : mais l'action offre peu d'attraits, puisqu'elle confère peu de droits. Le chantage est donc moins redoutable. En Allemagne, le système donne des résultats très satisfaisants. Vaine objection ; il n'y a rien de bien surprenant à ce que, dans les pays germaniques où l'esprit et les mœurs des habitants, s'accommodent de cette solution, celle-ci apparaisse comme excellente. Mais — et c'est ce que nous ne nous laissons pas de répéter — une telle conception ne cadre pas avec le caractère latin. Il ne faut pas oublier que nous ne sommes pas encore faits à cette idée de la recherche de la paternité, que nous avons vécu, pendant un siècle, sous le régime de l'interdiction absolue. Et alors, je crains bien que si l'on eût admis dans les pays latins, d'emblée et sans transition, le libre exercice de l'action en paternité, c'est-à-dire si l'on eût adopté le système de la paternité alimentaire, on n'eût vu, avec stupeur, les terribles fléaux du scandale et du chantage se déchaîner contre la famille et jeter le désordre dans la société. Peu importe, en effet, que le succès de l'action ne fasse espérer qu'un maigre profit. Il n'en est pas moins vrai qu'un tel procès, quelle que soit son issue, est de nature à porter atteinte à l'honneur et à la considération de celui qui le subit.

On ne saurait s'y méprendre : la condamnation infligée à un homme de verser une pension alimentaire en faveur d'un enfant signifie qu'il est le père de cet enfant et que, méconnaissant les devoirs sacrés de la paternité, il s'est sauvé comme un voleur, après avoir ravi sa vertu à une fille et qu'il a renié, comme un lâche, sa propre descendance ! Qu'il soit maudit ! Tel est le verdict de l'opinion publique ; il ne saurait être adouci par ce fait que la sentence des tribunaux est moins sévère, et que le législateur a cru trouver dans une simple condamnation pécuniaire une réparation suffisante de la faute commise par le défendeur. Ce verdict flétrissant de l'opinion publique, tous les hommes qui ont le sentiment de l'honneur le redoutent ; ils le redoutent même davantage que les décisions des tribunaux. Mais,

me direz-vous, si cet homme est vraiment coupable, pourquoi voulez-vous l'absoudre, pourquoi voulez-vous le soustraire à un juste châtimement ? Il faut bien plutôt le poursuivre et le démasquer. Nous sommes d'accord ; mais si les hommes d'honneur redoutent une telle flétrissure, les gens sans aveu et les intrigantes connaissent bien la crainte qu'ils en ont et seraient tentés de l'exploiter. Quelque femme de mauvaise vie hésiterait-elle à attirer dans un piège perfide quelque jeune homme trop confiant et à le menacer ensuite de divulguer, en les amplifiant, les relations qu'il a eues avec elle, de le traîner devant les tribunaux, de faire du bruit, du scandale, s'il se refuse à reconnaître, comme sien, un enfant qu'elle a eu d'un autre de ses nombreux amants ? Quand bien même le défendeur aurait la certitude de sortir victorieux de la lutte, ne préférerait-il pas, la plupart du temps, éviter de l'engager ? Sa famille, pressentant le danger et le voyant inévitable, songera à son nom, à sa dignité, à son honneur ; elle craindra que tout ce patrimoine moral ne soit amoindri, souillé par d'infâmes attaques. Elle n'a cure de la condamnation pécuniaire ; ce n'est pas une bénigne plaie d'argent qui l'inquiète, c'est une plaie morale qui l'épouvante et, pour prévenir le scandale, pour empêcher cette femme de mettre à exécution ses menaces et de crier par les rues ses calomnies, ils achèteront son silence à prix d'or : car ce silence est à vendre, et tout ce que veut cette femme, c'est qu'on le lui paie cher. Qu'on ne vienne pas nous dire que ces manœuvres de chantage sont moins à redouter parce que l'enjeu de l'action est de moindre importance. Mais ce n'est point la pension alimentaire qui tente les amateurs de scandale, ce n'est pas l'intérêt de l'enfant qui les pousse, c'est le désir d'amener leur victime à verser de la main à la main la forte somme d'argent qui constitue pour eux tout le bénéfice de cette fructueuse affaire. Ils y réussiront d'autant plus facilement que leur adversaire tiendra davantage à conserver, intacte, sa réputation d'honnête homme. Et ainsi quel que soit l'objet du procès, quel que soit son enjeu, le danger est le même, car il réside dans la menace du procès. « Ce qui est à craindre, disait M. de

« Lamarzelle, ce n'est pas ce que sera, ce que pourra être
 « le procès, ce qu'on y prouvera ou ce qu'on n'y prouvera
 « pas ; le danger, c'est la *menace* pour la famille du pro-
 « cès » (1). Et M. Gaudemet comprenait parfaitement qu'un
 tel danger ne pouvait être éludé par le système de la pa-
 ternité alimentaire : « Ce système, disait-il, laisse subsis-
 « ter, intacte, la grosse objection qui s'élève contre toute
 « recherche de paternité : le danger des chantages et
 « des fausses attributions de paternité. Sans doute, il est
 « moins grave d'être tenu d'une simple obligation ali-
 « mentaire que de voir un enfant être déclaré votre fils
 « naturel, porter votre nom, prendre part à votre succes-
 « sion. Mais le danger demeure, car il réside dans le
 « *procès* lui-même et le scandale né de ce procès » (2). Non
 seulement le danger demeure, mais il est encore aggravé,
 puisque l'action en recherche de paternité, dans le système
 germanique, est largement ouverte à tous, puisque tous
 les modes de preuve sans restriction sont autorisés, puis-
 qu'enfin aucune mesure spéciale n'est prise contre le chan-
 tage.

La tentative secrète de conciliation, admise dans les
 législations germaniques, constitue-t-elle un obstacle réel
 à la réalisation des manœuvres de chantage et à la divul-
 gation du scandale ? Nous ne le croyons pas. Car la femme,
 qui est disposée à faire du scandale, refusera d'ordinaire
 de transiger devant un magistrat, car elle sait bien que
 cette entrevue ne lui serait pas favorable. Ce qu'elle veut,
 c'est traiter de gré à gré avec l'autre partie ; et, pour arri-
 ver à ce but, elle menace d'ébruiter l'affaire, d'intenter un
 procès qu'elle n'a, d'ailleurs, pas l'intention ferme d'intro-
 duire, car elle redoute que la lumière soit faite et son jeu
 démasqué. Sa menace est donc la plupart du temps vaine,
 mais, en fait, elle impressionne l'autre partie et la force
 à s'exécuter. D'ailleurs, si le défendeur parvient à amener
 la demanderesse dans le cabinet du magistrat concilia-

(1) De Lamarzelle. Sénat. Déb. *J. Off.*, 11 nov. 1910, p. 1737,
 3^e col. ; p. 1738, 1^{re} et 2^e col.

(2) Gaudemet. *Rev. trimestrielle*, 1910, p. 875, note 4.

teur, peut-il être assuré du silence ? Les murs parleraient plutôt, comme les roseaux du roi Midas. Et la femme, dépitée de constater l'insuccès de sa manœuvre, se chargera bien de les aider à répandre le bruit, tant que la victime récalcitrante ne sera pas convaincue, qu'elle n'a d'autre moyen de sortir de ce guépier que par sa soumission aux conditions imposées par la demanderesse, devenue peut-être plus exigeante par suite de la résistance qui lui a été opposée.

Aussi, en prévision de ces dangers, a-t-on pris soin, dans les pays latins, d'édicter certaines dispositions destinées à protéger efficacement la famille légitime. Les modes de preuve sont aggravés ; l'action n'est recevable que dans certains cas limitativement déterminés, et pendant un délai relativement court. Et même en France, le législateur a permis de frapper les demandeurs de mauvaise foi de peines sévères. Cette dernière mesure, nous l'avons vu, a fait l'objet des plus vives critiques ; d'abord proposée en Belgique, elle fut ensuite abandonnée. Nous la croyons, pour notre part, absolument indispensable, tout au moins au début de l'application de la loi. Sans doute, elle ne suffira pas toujours à prévenir les tentatives de chantage, mais, du moins, elle est de nature à intimider et à retenir ceux qui seraient tentés de s'y livrer. Le législateur français a parfaitement compris qu'il était imprudent d'abroger radicalement et brusquement l'article 340 et de confier au premier venu une arme aussi redoutable que l'est une action en paternité. Il a craint avec raison qu'une telle réforme ne soit faussement interprétée et gravement compromise par de mauvais esprits, s'il n'édicte pas de sérieuses mesures de protection. Il n'a donc autorisé l'action en paternité que dans des limites assez étroites. C'est, qu'en effet, ayant vécu pendant plus d'un siècle sous le régime de l'interdiction de la recherche, nous ne sommes pas faits à cette idée nouvelle ; il faut qu'elle entre peu à peu dans nos mœurs et que notre éducation se fasse. Alors, — mais alors seulement, — le législateur pourra peut-être songer à élargir le champ d'application de la loi ; certaines précautions paraîtront inutiles ; les sanctions pénales, par

exemple, pourront être adoucies ou même disparaître totalement. Indispensables au fonctionnement normal d'une loi nouvelle, ces dispositions deviennent peu à peu moins nécessaires, à mesure que la loi vieillit, qu'elle se polit au contact de la vie et que la conscience sociale en pénètre mieux l'esprit.

Au contraire, dans les législations germaniques, aucune garantie ne nous est offerte pour sauvegarder les intérêts de la famille; et nous venons de voir qu'elle était exposée aux mêmes graves dangers. Bien plus, la conception germanique permet la constatation de la filiation adultérine et incestueuse, ces deux monstres qui inspirent aux défenseurs de la famille une horreur sacrée. Comment ceux-ci peuvent-ils donc se rallier à un système, dont les conséquences peuvent être fatales à la cause qu'ils soutiennent ? L'autorisation de la recherche de la filiation adultérine et incestueuse, n'est-ce pas à leur avis la porte ouverte à tous les scandales, à tous les chantages, à toutes les manœuvres louches, n'est-ce pas livrer la famille à la désunion et à la ruine ? Ainsi attirés par les apparences modestes et bénignes du système de la paternité alimentaire, de très bons esprits se sont laissés prendre au piège habilement dressé. Mus par le désir également généreux de protéger la famille et de secourir l'enfant de la fille, ils ont cru trouver dans cette solution l'heureuse conciliation tant recherchée, qui accordait à l'enfant naturel le droit à la vie, mais le laissait en dehors du groupe familial. Etrange illusion ! Ils se sont laissés prendre comme de petits jeunes gens au sourire perfide d'une jolie courtisane, habilement fardée, qui voulait les faire « chanter ». Nous croyons avoir suffisamment démontré qu'au point de vue de la protection de la famille, le système de la paternité alimentaire nous offrait infiniment moins de garanties que le système latin. Nous avons, d'ailleurs, déjà exposé quelle était, sur ce point, la tactique du parti socialiste et, en général, de tous ceux qui ne reconnaissent pas l'utilité de la famille. Ils cherchaient à obtenir cette réforme qui paraissait insignifiante et qui, en réalité, eût été un pas décisif vers la réalisation de tout un programme

de bouleversement du droit de la famille. Cependant certains ont déjoué la manœuvre et compris sur quelle pente on cherchait à les entraîner. M. Goujon est du nombre de ceux que l'on n'a pas trompés ; nous avons déjà cité ses paroles significatives (1). M. H. Joly paraît également avoir parfaitement pressenti la manœuvre : « Les trop vastes
« espoirs, dit-il, donnés à de telles recherches de pater-
« nité diminueraient de plus en plus la distance qui sé-
« pare encore, dans nos sociétés, l'union libre du mariage
« légitime. Il ne faut pas se dissimuler que ce résultat est,
« au fond, celui que désirent un grand nombre de parti-
« sans tapageurs de la recherche complète de la pater-
« nité ouverte à tous » (2).

Ainsi, il n'est pas peu curieux de constater que le système de la paternité alimentaire a été réclamé et défendu à la fois par les esprits les plus violemment, les plus irréductiblement opposés, par les partisans et les ennemis de la famille. Les socialistes, qui rêvent d'abolir le mariage et de détruire la famille, ces deux « ridicules préjugés de
« la société capitaliste », se sont prévalus de cette théorie, parce que ses apparences modestes et simples n' « effraieraient pas le bourgeois » et que cette réforme, une fois réalisée, ils pourraient plus aisément atteindre leur véritable but. D'autre part, les conservateurs, les catholiques, en général tous ceux qui luttent contre la désagrégation de la famille, se rallient à cette conception, parce qu'elle semble creuser un infranchissable fossé entre la filiation légitime et la filiation naturelle, et qu'elle paraît devoir arrêter net l'invasion grandissante du groupe familial par les enfants nés hors mariage. Ainsi, partisans et adversaires de la famille adoptent une même solution du problème de la recherche de la paternité ; les premiers y voient un moyen de s'opposer à un mouvement d'opinion qu'ils redoutent et de renouer la tradition du passé, les autres la proposent dans l'espoir de hâter le progrès d'idées qu'ils

(1) Voy. *supra*, page 804.

(2) Cité dans *Revue du Mouvement social catholique* (article de Hachin), 1913, p. 133 à 137.

approuvent et de préparer ainsi les réformes de l'avenir. Cette situation ne manque pas d'être fort plaisante.



Malgré cette diversité dans les dispositions de détail et dans les solutions adoptées relativement au problème de la recherche de la paternité, il est un point sur lequel toutes les législations modernes s'accordent, c'est qu'on ne peut plus aujourd'hui méconnaître totalement la filiation naturelle. Elle s'impose à l'attention du législateur, elle a besoin d'être réglementée ; elle réclame ses droits. Et ainsi, nous allons vers une amélioration progressive de la condition juridique de l'enfant naturel, et la différence qui le sépare de l'enfant légitime s'atténue chaque jour. Peut-être faut-il déplorer cet état de choses, blâmer cette tendance et dire avec Brunetière que, « dans toutes ces ré-
« formes réalisées en faveur de l'enfant naturel, il faut
« voir l'une de ces diminutions de moralité que la loi
« elle-même est obligée de consacrer quelquefois afin de
« ne pas devenir lettre morte et de retenir, à tout prix, au
« milieu d'une société qui s'en va, quelque ombre au moins
« de son prestige antique » (1). Mais, à quoi bon ces lamentations et ces regrets ? Ils sont, à notre avis, absolument superflus et nous n'en discuterons pas un instant la légitimité. Brunetière reconnaît lui-même qu'ils sont vains puisqu'il avoue que si le législateur résistait à ce mouvement d'opinion, la loi deviendrait lettre morte ; et cette remarque du grand critique est profondément juste. Nous sommes en effet persuadés de cette idée que les grands courants de la pensée humaine, sous quelque forme qu'ils se manifestent, en politique ou en droit, ne sauraient être arrêtés par la faible résistance de quelques hommes ou par un texte législatif, issu d'une théorie arbitraire et factice. Le législateur ne crée pas, n'invente pas le droit ; il observe, il étudie les phénomènes sociaux, enregistre les tendances, les aspirations de la conscience publique ; et il

(1) Brunetière. *Revue des Deux-Mondes*, 1883, p. 380.

cherche à satisfaire ses besoins nouveaux par des réformes opportunes. Il n'est ainsi que « l'interprète autorisé » « des vœux de la nation. Il dégage du mouvement tumultueux de l'opinion, du choc des idées, des partis, les directions, les tendances nouvelles en germe dans le corps social. Il combine librement tous les éléments traditionnels et progressifs de cette conscience commune pour y reconnaître les fins nouvelles dont il doit assurer la réalisation » (1). Le meilleur critérium de l'utilité d'une loi réside dans l'accueil que lui réserve l'opinion. Son échec est certain, si elle est en opposition avec la conscience collective. Le succès est assuré, si elle s'harmonise avec elle. Le législateur ne saurait donc hâter ni retarder arbitrairement la marche de l'évolution du droit. Tout son rôle, fort délicat, d'ailleurs, consiste à la comprendre et à l'observer scrupuleusement. Ainsi, quand toute une série de lois est promulguée dans le but d'améliorer la condition des enfants naturels et que ces lois reçoivent une application utile et féconde, il serait absurde de penser qu'elles sont l'expression de la volonté unique, personnelle, d'un homme ou d'un parti politique. Un tel mouvement législatif, régulier, continu, a des racines plus profondes; il est impérieusement réclamé par l'opinion publique; il est le signe extérieur d'une évolution parallèle dans les mœurs et les sentiments. En effet, il est facile de constater que l'opinion publique est de plus en plus favorable aux enfants naturels pour lesquels, aujourd'hui, elle ressent plus de pitié que de mépris; la marque d'infamie que portait jadis l'enfant illégitime s'efface peu à peu; il commence à être rappelé de son exil plusieurs fois séculaire et sa réhabilitation est prochaine. Quant à la fille-mère, sa faute paraît moins grave, plus digne d'excuse, on songe moins à l'accabler qu'à la secourir et à la relever.

Par contre, l'indulgence, sinon l'admiration, que l'on témoignait autrefois aux séducteurs, disparaît de plus en plus et fait place au blâme et à la réprobation; ceux-ci commencent à descendre du piédestal sur lequel, par une

(1) Tanon, *op. cit.*, p. 182.

étrange aberration, l'opinion publique les avait trop longtemps placés. Elle met maintenant les responsabilités là où elles sont réellement et les impose au véritable coupable ; elle flétrit l'acte indigne de l'homme qui renie son enfant et abandonne la fille qu'il a rendue mère. D'une façon générale, éprise d'égalité et de justice intégrales, la conscience collective tolère, de moins en moins, que dans l'intérêt d'une institution et d'un usage déterminés, les droits des enfants naturels soient méconnus ou trop considérablement réduits. Telles sont les tendances de la conscience sociale, tel est l'état des esprits modernes : personne ne songe à nier ces faits qui sont d'une observation facile. Mais alors, s'il se produit un tel mouvement dans les mœurs et les sentiments, il n'y a rien d'étonnant, il n'y a rien que de très logique et de très légitime à ce que cette évolution se reflète, se traduise dans la législation. L'état normal d'une société consiste, en effet, dans l'harmonie la plus parfaite de sa pensée et de son droit, dans le parallélisme le plus rigoureux entre les variations de la conscience collective et les réformes législatives. Ainsi l'opinion publique devenant plus favorable aux enfants naturels, le législateur, en fidèle observateur de ses tendances, améliore leur condition juridique. A un changement dans les mœurs correspond donc, comme conséquence, un changement dans la législation. Il convient de ne pas se méprendre sur ce point et, intervertissant l'ordre du processus, faire d'une *cause* ce qui est un *effet*. Cette erreur est commune, et certains accusent le législateur d'avoir provoqué un mouvement d'opinion, qu'en réalité, il a subi. Si, dans les sciences physiques et naturelles, on distingue assez aisément le phénomène qui est la cause et celui qui est la conséquence, il n'en est plus de même en matière psychologique ou sociale. La réalité est plus complexe, plus délicate ; et parfois la passion s'en mêlant empêche la raison d'avoir une claire vision des choses. Il nous semble avoir suffisamment démontré quels sont les rôles respectifs de la conscience sociale et du législateur. Il ne faut donc pas rendre ce dernier responsable d'actes qui s'imposent à lui et lui reprocher,

en particulier, de faire une situation trop favorable aux enfants naturels, alors que de telles réformes sont impérieusement réclamées par la conscience collective. « La « facilité des mœurs ne naît pas de la condescendance « des lois, mais au contraire la condescendance des lois « de la facilité des mœurs » (1). Soutenir la première opinion, c'est contredire la logique, nier la réalité, prendre pour cause ce qui est effet, et inversement.

C'est pourtant l'erreur que commettent ceux qui restent aujourd'hui adversaires de la recherche de la paternité naturelle. Cette même erreur est partagée, quoique à un moindre degré, par les auteurs qui préconisent l'introduction dans les pays latins du système de la paternité alimentaire. Ce système est au fond celui des législations primitives qui n'accordaient à l'enfant naturel que le strict nécessaire, le droit de ne pas mourir de faim. Nous avons dépassé ce stade depuis longtemps, puisque nous offrons à l'enfant naturel une place analogue à celle des enfants légitimes, nous contentant, par faveur pour la famille fondée sur le mariage, de restreindre quelque peu les droits des illégitimes. C'est donc un recul qu'il nous propose, et cette régression est manifestement contraire aux sentiments de l'opinion publique. « On créerait ainsi, fit judicieusement « observer M. Van den Heuvel, un antagonisme entre la « législation positive et les mœurs » (2). Et en ce cas, c'est Brunetière lui-même qui l'avoue, la loi serait lettre morte. Nous avons déjà dit que, si certains auteurs avaient accepté avec enthousiasme la conception de la paternité alimentaire, c'est qu'ils y voyaient le moyen de réfréner l'indulgence inquiétante du législateur à l'égard des enfants naturels. Mais tous leurs efforts se sont heurtés à une force plus grande, celle de l'évolution des mœurs ; ils ont été impuissants à enrayer la marche des idées modernes. Ils ont prouvé leur ignorance des relations intimes qui lient l'évolution du droit à l'évolution de la conscience sociale. Semblables au batelier qui s'épuise à lutter contre le courant

(1) Brunetière, *loc. cit.*, p. 380.

(2) Van den Heuvel. Chambre belge, n° 73, p. 95.

impétueux d'un fleuve trop rapide, ils voulaient témérairement imposer leur volonté individuelle à la conscience collective et prétendaient remonter le cours de l'histoire. Ne savaient-ils donc pas que « les idées et les sentiments qui se sont fixés dans la conscience sociale s'imposent au législateur et qu'il doit les prendre en considération, s'il veut faire œuvre légitime et durable ? » (1).



Aussi paraît-il indispensable de chercher à définir les tendances et les aspirations de notre époque, à comprendre les soucis et les besoins de la conscience sociale, à déterminer le sens du courant qui nous entraîne ; et alors, nous saisirons mieux la signification de la réforme relative à la recherche de la paternité naturelle.

Il est facile de s'apercevoir que nous sommes dominés, en ce qui concerne le droit des personnes, par deux ou trois grandes idées, qui commandent toutes les dispositions de détail. Ce sont principalement l'*individualisme*, le *culte de l'enfance*, le besoin de *justice* et d'*égalité* intégrales. Ces idées, nous les avons reçues en droite ligne des philosophes du dix-huitième siècle, dont nous sommes devenus les disciples fervents et convaincus. On peut hésiter sur le point de savoir si l'influence de cette philosophie a été aussi grande qu'on se plaît à le croire, sur les hommes de la Révolution ; mais ce qui paraît indéniable, c'est qu'elle est aujourd'hui la maîtresse de notre esprit et de notre raison. Nous sommes imbus des grands principes qu'elle a proclamés ; nous n'aspérons qu'à leur réalisation ; toute réforme qui ne se réclame pas d'eux, est condamnée à l'insuccès.

Cherchons donc à saisir les effets de cette tendance actuelle vers l'individualisme ; elle se manifeste sous des formes multiples. Au lendemain de la tourmente révolutionnaire, les rédacteurs du Code civil, sentant le besoin de restaurer la société bouleversée, donnèrent à la famille une constitution puissamment organisée : ils se proposè-

(1) Tanon, *op. cit.*, p. 106.

rent moins pour but d'assurer l'autonomie et le bonheur des individus, que de maintenir la cohésion et de favoriser le développement du groupe familial. L'intérêt collectif l'emporte sans conteste sur l'intérêt de l'individu ; et l'on n'hésite point à sacrifier ce dernier à la force et à l'unité de la famille, cellule de la société. Mais, au cours du dix-neuvième siècle, par suite des changements profonds survenus dans les mœurs et les idées, par suite des conditions et des exigences nouvelles de la vie moderne, le droit des personnes s'est sensiblement transformé ; le cercle familial se restreint peu à peu ; avec la facilité des communications, l'attrait des grandes villes, le goût des voyages, l'instabilité des situations sociales, la famille s'est dispersée dans toutes les directions, et son unité s'est dissoute. Les membres d'un même groupe vivent à des centaines de lieues de distance, parfois dans des nations différentes, dans des pays d'outre-mer ; ils ne peuvent se réunir que fort rarement ; souvent même, ils s'ignorent. Il ne saurait y avoir aucune solidarité entre personnes dont les intérêts sont si divers et les relations si lâches. La famille ne se compose plus guère que des père et mère et des enfants ; et encore ceux-ci, dès qu'ils sont en âge de se soustraire à la tutelle des parents, se hâtent de fuir le foyer paternel et de vivre, au loin, librement. Le groupe familial apparaît donc comme une société qui se désagrège ; il meurt, par suite de la diminution du nombre de ses membres, de l'affaiblissement continu de l'âme qui le vivifiait ; il a perdu sa puissance de rayonnement. A l'intérieur, l'autorité du chef est discutée ; les sentiments de respect, d'affection, de dévouement n'animent plus le cœur des jeunes, mais leur pensée est tout entière accaparée par des désirs insatiables de révolte, de jouissance et de liberté. L'esprit de famille est vaincu par le souci exagéré que chacun prend de sa personne. C'est vers la réalisation de son bonheur individuel, vers la satisfaction de ses intérêts personnels, vers une culture intensive du moi que sont tendus tous les efforts. « C'est l'individualisme contre la société, c'est l'individu se demandant d'où vient le droit de la société de « vouloir qu'elle ne vive qu'en elle, à ce point de mourir

« pour qu'elle vive » (1). Par suite, la famille, qui repose sur l'autorité du chef, sur l'obéissance des enfants, sur le dévouement de chacun, en vue du bien général, qui exige à tout instant l'abdication de la personnalité, la soumission de la volonté, le renoncement à la liberté, la famille ne peut se maintenir en face de cet amour exagéré de l'individu pour soi-même, de cette exaltation de la personne humaine. Aussi son but et sa constitution ont changé ; nous allons vers l'autonomie grandissante des membres du groupe familial, vers la décentralisation des pouvoirs qui, jadis réunis dans les mains d'un seul, sont distribués à chacun en vue de la libre administration de ses biens et de la libre direction de sa vie. Il s'agit moins, désormais, d'assurer avec énergie la cohésion et la puissance du groupe que de permettre à l'individu le plus parfait épanouissement de sa personnalité, et la satisfaction la plus complète de ses appétits et de ses désirs. Jadis, l'on sacrifiait l'individu au groupe ; aujourd'hui, l'on sacrifie le groupe à l'individu. « L'intérêt de l'individu l'a emporté sur l'intérêt du groupe familial et de la société » (2). Selon le mot de M. Crémieux, c'est une sorte de « féodalité juridique, qui s'établit « dans le domaine du droit des personnes » (3-4).

(1) Faguet. *Les préjugés nécessaires*, p. 331.

(2) Delzons. *La Recherche de la Paternité*. *Revue des Deux-Mondes* 1913, p. 610.

(3) Crémieux, *op. cit.*, p. 257.

(4) Une revue rapide des lois françaises récentes relatives à la famille marque très nettement les progrès croissants de l'individualisme et l'affaiblissement parallèle de l'unité du groupe familial : ce sont les lois de 1889 et de 1898 qui prévoient la déchéance de la puissance paternelle dans l'intérêt de l'enfant, la loi du 2 juin 1907, qui simplifie les formalités du mariage et substitue la simple notification aux anciens actes respectueux ; c'est la loi du 6 avril 1910 qui apporte d'importantes restrictions au droit d'administration du père sur les biens de ses enfants mineurs. — De même, de rudes atteintes ont été portées à l'autorité maritale, par des lois tendant à émanciper la femme de la tutelle de son mari, et à rendre plus facile la dissolution du mariage : loi du 9 fév. 1893 relative aux versements et rétrahits de fonds effectués par la femme dans les Caisses d'épargne ;

Mais, c'est aussi avec le progrès des théories individualistes et la proclamation des droits intangibles de la personne humaine, l'exaltation de l'amour, le sentiment le plus noble de la nature. Chacun doit être libre de satisfaire ses désirs et d'aller là où le portent ses besoins et ses préférences. Le mot de Saint-Just : « Ceux qui s'aiment sont « époux » redevient d'actualité, la doctrine de l'union libre n'en est que le développement. Toutes ces idées, directement issues de la pensée du dix-huitième siècle, furent accueillies avec enthousiasme et vulgarisées par le romantisme. « Le romantisme, dit M. Delzons, retrouvait dans « Rousseau l'exaltation de la personne et les droits de la « nature, c'est-à-dire de l'amour, qui offraient à ses poètes « une richesse lyrique si abondante. Il retrouvait aussi l'en- « fant ; et l'enfance, sa grâce, sa faiblesse, les malheurs, « dont elle pouvait être la victime sans défense, décou- « vraient soudain des sources d'émotion et de poésie en- « core inconnues et comme inépuisables. Il célébrait ainsi « tout à la fois le culte du moi et l'amour de l'enfant ; il « excitait pareillement le sentiment personnel de chaque « individu, pour soi-même, et le sentiment public en fa- « veur de l'enfant » (1). Et précisément, ce culte de l'enfance, nous l'avons au suprême degré ; nous apprécions la fragilité de la vie de l'enfant, la malléabilité de son âme neuve ; elle est prête à recevoir toutes les influences, bonnes et mauvaises ; ses premières impressions décident de sa destinée ; c'est lui qui porte toutes nos espérances, il renferme en lui tout l'avenir. Aussi, sommes-nous tout dévoués à la cause de l'enfant ; il est pour nous un dieu, presque un tyran ; nous sommes prêts à exaucer tous ses désirs, à condescendre à tous ses caprices. C'est l'enfant qui

loi du 13 juill. 1907 sur le libre salaire de la femme mariée. Jugeant insuffisante la loi du 27 juillet 1884 rétablissant le divorce, certains parlent très sérieusement aujourd'hui du divorce par le consentement d'un seul ; les lois du 16 déc. 1904, du 6 juin 1908 trahissent cette même tendance. C'est d'ailleurs là un mouvement général dont il serait possible de trouver des traces dans toutes les législations modernes.

(1) Delzons. *La famille française et son évolution*, p. 114.

est devenu le centre de la famille ; il en est presque l'unique raison ; sa vie fragile est souvent le lien puissant qui en assure l'unité ; il est l'objet de l'attention constante, de la sollicitude empressée de ses parents. Tous les droits que le législateur a laissés à ceux-ci ne leur sont conférés que dans l'intérêt de l'enfant. S'il souffre, s'il est maltraité, on n'hésite pas à destituer les parents d'une mission qu'ils se montrent indignes de remplir : l'intérêt de l'enfant l'emporte sur le droit des parents. On a pu dire avec raison, de notre siècle, qu'il était « *le siècle de l'enfant* » (Jahrhundert des Kindes).

Nous comprenons alors la raison de cette amélioration croissante du sort de l'enfant naturel ; un grand mouvement de sympathie se dessine en sa faveur ; c'est qu'en effet, il est isolé en face de la famille, son droit est celui de l'individu contre le groupe ; abandonné, sans ressources, sans foyer, il excite notre pitié. Innocent et faible, il expie la faute de ses parents, et notre sentiment de la justice en est blessé. Il est mis dans une condition inférieure à l'égard de l'enfant légitime, et notre raison avide d'égalité s'en irrite. Et c'est ainsi que, par une série de réformes, le législateur moderne s'emploie à réhabiliter l'enfant naturel, et à diminuer la distance qui le sépare de l'enfant légitime (1). Mais aussi la famille perd peu à peu tout ce qui faisait sa primauté ; sa puissance en est amoindrie. Chaque fois que le groupe familial se désagrège, que sa force de cohésion devient moins grande, que son unité se relâche, l'enfant naturel, c'est-à-dire l'irrégulier, l'isolé, voit sa condition juridique s'améliorer. C'est un phénomène général que nous avons maintes fois observé au cours de notre exposé historique. Le droit de l'individu prime le droit de la société, représentée par la famille ; il

(1) Lois du 25. mars 1896 sur la vocation successorale des enfants naturels, du 7 nov. 1907 sur la légitimation des enfants adultérins et incestueux ; et le Parlement s'occupe actuellement d'élargir cette réforme jugée insuffisante et trop timide ; loi du 16 nov. 1912 sur la reconnaissance judiciaire de la paternité naturelle. — De même le C. civ. suisse est l'un des plus libéraux à l'égard des enfants naturels.

ne veut plus se sacrifier à la puissance et à la prospérité de celle-ci ; il entend ne rien abdiquer de sa personnalité et de sa liberté. La raison individuelle se pose résolument en face de la volonté sociale, et prétend s'imposer à elle. « L'individualisme, remarque l'éminent juriste suisse, « M. Huber, tend plus fortement à supplanter les antiques « formes de contrainte sociale » (1).



Ainsi l'individualisme apparaît comme l'une des tendances dominantes de notre époque, et inspirant la plupart de nos lois modernes, il est l'une des causes les plus actives de la désagrégation de la famille. Celle-ci n'est plus fermée aux étrangers et aux irréguliers, qui revendiquent leur place au foyer et réclament l'abolition de tous les privilèges. Mais notre esprit se caractérise également par un sentimentalisme débordant. Nous nous émouvons au spectacle de toutes les injustices, de toutes les disgrâces. La souffrance humaine nous est intolérable. Notre cœur est devenu à ce point sensible que les animaux eux-mêmes excitent notre compassion. De même qu'au siècle de Rousseau, il était de bon ton de s'apitoyer à propos de tout et de rien, de même nous sommes portés aujourd'hui à éprouver une grande pitié pour les faibles, les malheureux, les opprimés ; quand parfois, affolés par la douleur, ils se révoltent et se vengent, nous sommes pleins d'une généreuse indulgence ; nous pardonnons facilement les erreurs, les défaillances humaines, les fautes, même les plus inexcusables : c'est moins de la haine et du mépris que de la pitié que nous éprouvons pour les coupables ; nous songeons moins à frapper qu'à guérir et à réparer.

Certes, le Code civil faisait preuve d'une plus grande sévérité. Pensant prévenir toutes les chutes en les rendant irrémédiables, il n'hésitait pas à laisser sans secours les filles-mères et les enfants naturels. Il défendait jalousement les droits des forts, des vertueux, des intègres. Il fallait assurer la sécurité des situations acquises, et accorder

(1) Huber, *Exposé des Motifs du C. civ. suisse*, t. I, p. 87.

la protection de la loi à ceux que la destinée a déjà comblés de toutes ses faveurs, par le don de l'honneur et de la fortune. Mais les idées ont changé. Nous avons un insatiable désir de réparation sociale ; ce n'est plus sur les classes élevées de la société que nous avons les yeux fixés, c'est vers les petits et les opprimés que nous abaissons nos regards émus. Nous détournant des puissants et des riches auxquels la vie est douce et la vertu facile, nous tendons les bras aux faibles, aux malheureux qui ne connaissent de la vie que ses exigences et ses déceptions. Aussi, subissant cette influence, le législateur multiplie, en leur faveur, les lois d'assistance et de prévoyance, le nombre de ces mesures va chaque année grandissant. Le Code civil était donc une œuvre de conservation et de défense sociales ; il convenait à une société aristocratique ; le législateur moderne entreprend une œuvre de relèvement et de réhabilitation : elle répond aux idées et aux sentiments d'une société démocratique. Jadis, on légiférait pour l'ensemble des citoyens indistinctement, sans rechercher quels étaient leur situation sociale, leurs besoins et leurs charges ; les uns, qui étaient bien pourvus, trouvaient dans la loi une sûre protection, les autres, moins bien traités, n'y trouvaient que rigueur et sévérité. Aujourd'hui, les dispositions législatives visent des catégories spéciales de citoyens, par exemple la classe des ouvriers et des employés ; souvent même, elles ne concernent qu'un nombre relativement restreint d'hommes : les mineurs, les employés de commerce, les travailleurs agricoles, les femmes occupées dans l'industrie ou les magasins. Enfin, elles s'appliquent quelquefois aussi à des individus réunissant certaines conditions et se trouvant dans telle situation déterminée : les jeunes apprentis, les ouvriers, ayant dépassé un certain âge, les femmes en couches, les filles-mères, les orphelins, les enfants matériellement ou moralement abandonnés, etc... Le Code civil se contentait de formules larges, générales, dont on faisait application au droit de chacun ; le législateur moderne édicte des dispositions de détail, s'ingénie à prévoir le plus possible de cas particuliers, s'efforce d'assouplir la loi et de l'adapter aux besoins et aux désirs de chaque

citoyen. Le Code civil était rédigé en vue de l'ordre social ; les lois actuelles s'adressent à l'individu. Nous retrouvons ici encore une manifestation de nos tendances individualistes.

Le législateur de 1804 dessemblait à l'artiste qui, voulant évoquer sur la toile une grande scène historique, s'applique à lui donner l'apparence de la vie et de l'action, à composer un tableau dont les lignes et les couleurs s'harmonisent, dont l'ensemble donne à la vue l'impression de la beauté ; mais les détails sont plus négligés ; certains traits sont omis ; on remarque çà et là quelques lacunes. Au contraire, le législateur du vingtième siècle semble plutôt être un peintre de miniatures ; il ne paraît pas composer d'après un plan général, mais il s'intéresse aux détails, aux singularités ; il signole un coin de tableau ; et, mécontent de son œuvre, il la retouche, la surcharge, l'obscurcit parfois ; entre temps, il s'attache à d'autres motifs, car son attention est sollicitée de toutes parts, et son activité est très féconde ; mais, à aucun moment, il ne prend soin de poser le pinceau, de reculer quelques pas en arrière, de lever les yeux, et de voir si les couleurs sont homogènes, si les lignes sont pures, si l'ensemble est clair, lumineux et vivant.

*
**

Individualisme, sentimentalisme, culte de l'enfant, besoin de justice et d'égalité, tels sont les tendances et les soucis du législateur moderne, qui ne fait que traduire les aspirations et les sentiments de la conscience sociale. Mais alors, direz-vous, si nous donnons libre cours à cette passion de la liberté et de la justice absolue, si nous ne pouvons plus tolérer l'état de dépendance et d'inégalité, nous allons tout droit vers le règne de l'union libre et la destruction de la famille légitime par l'assimilation des enfants naturels aux enfants issus du mariage.

En effet, nous réclamons l'autonomie complète de l'homme et de la femme. Or, la vie conjugale est faite de soumission, de concessions réciproques, et même d'humiliations ; le mariage n'est souvent qu'une longue servitude.

On connaît le mot de Taine : « On s'étudie trois semaines, « on s'aime trois mois, on se querelle trois ans, on se sup-
« porte trente ans, et les enfants recommencent. » Ainsi l'union devient rapidement monotone, l'appétit des sens réclame le changement et la nouveauté. « La nouveauté « toujours attrayante nous séduit par ses inconnus de gri-
« santes promesses. Rien ne tue plus sûrement l'amour que « le mariage : la certitude de la possession, d'une part, et « l'obligation de la vie commune, d'autre part, ont vite fait « de l'empoisonner. Le désir ne s'alimente que de variété « et la passion ne vit que de désir » (1). Souvent les époux, las l'un de l'autre, vont chercher ailleurs les satisfactions qu'ils ne trouvent plus dans la vie conjugale. Le mariage subsiste cependant, mais dans la honte et l'ignominie ; il est l'image de l'hypocrisie. Si les conjoints sont doués d'un caractère suffisamment trempé pour ne pas trahir leur foi, alors ils se sacrifient l'un à l'autre, ils aliènent leur liberté d'action ; pour respecter un formalisme stupide, ils réfrè-
nent leurs désirs naturels, ils résistent à la voix de la nature, ils cherchent à se dépouiller de leur personnalité. Le mariage c'est l'abnégation, l'abdication de la volonté, l'anéantissement de l'individu.

Sans doute, il est possible aujourd'hui de rompre ces liens barbares et de se soustraire à son joug asservissant. Mais faut-il encore accomplir certaines formalités et suivre une longue procédure. Or, le mariage, quand on fait abstraction de toute considération religieuse surannée, a pour fondement exclusif le libre consentement des époux : dès que ceux-ci ont cessé de se plaire et ne retirent plus d'avantages de leur association, mais n'y trouvent que des entraves à leur développement et à leur bonheur personnels, il doit leur être loisible de rompre, à leur gré, cette union devenue intolérable. Le mariage est un contrat ; dès que le consentement des parties est révoqué, le contrat doit disparaître. Peu importe que les époux aient entendu se lier pour toujours l'un à l'autre : un tel engagement n'est point valable, car on ne peut engager ses services que pour

(1) S. Faure. *La Douleur universelle*, p. 319.

un temps limité. « L'inaliénabilité de la personne humaine « est un principe consacré par la Révolution, et, pas plus « dans le mariage que par l'effet des vœux religieux ou de « l'esclavage, la liberté individuelle ne peut être irrévocablement abandonnée » (1). Ainsi le mariage est une institution néfaste. Dans la classe bourgeoise, il est un marché honteux : il est vicié par l'égoïsme et la cupidité ; dans la classe ouvrière, le mari considère sa femme comme sa propriété, comme sa chose sur laquelle il a un droit absolu : sa grossièreté et sa brutalité se donnent libre cours. « Le mariage contracté uniquement pour le bonheur des « époux, dit Novicow, devient un instrument de malheur « et de haine ». Le foyer est bientôt un enfer.

Retardé par des considérations secondaires, mais en fait prépondérantes de situation sociale et de fortune, il favorise la prostitution et la débauche. La société moderne provoque la chute des filles ; elle ne les relève pas, mais les écrase de son mépris. Quand un jeune homme riche, qui a séduit une petite ouvrière et lui a fait un enfant, avoue à ses parents sa liaison et leur dit son intention d'accomplir tout son devoir en épousant celle qu'il a rendue mère, ceux-ci sont les premiers à le dissuader de ce projet et à l'inciter à se dérober aux conséquences de son acte. Pas de mésalliance ; il n'est pas de bon ton d'épouser une femme tombée, fût-on cause de sa chute. Ils ont rêvé pour leur fils un brillant mariage, où ils associeront deux noms, deux fortunes, sans se soucier de savoir si les jeunes gens se conviennent, et si leurs caractères sympathisent. Ainsi est conclu un mariage d'où l'amour est exclu ; et cependant il est sa seule raison d'être. Quant à la petite ouvrière, qui donc en a souci ? Depuis longtemps, elle est oubliée. Elle travaille durement pour élever son enfant, fruit de l'amour, mais d'un amour que la société condamne. Sa vie est brisée, car l'opinion publique flétrit et repousse la fille-mère, la fille déchue ; elle ne lui pardonne pas d'avoir été trompée, abusée, abandonnée, parce qu'elle considère que la violation de la pudeur chez la femme entraîne le renonce-

(1) Taudière. *Les lois françaises contre la famille*, p. 20.

ment à toutes les vertus. Au contraire, cette même société admire, glorifie les séducteurs ; elle applaudit à leurs victoires, et elle insulte leurs captives. Il est fort bien porté, dans un certain monde, d'avoir eu une jeunesse mouvementée, et de s'en vanter ; les récits d'aventures amoureuses et de bonnes fortunes constituent le fond intarissable des conversations entre amis au cercle, au fumoir ou dans un coin de salon. Une telle réputation, loin de mettre obstacle au mariage d'un jeune homme, pique la curiosité du monde, le rend plus séduisant aux yeux des jeunes filles, et lui gagne l'indulgente sympathie des parents. Ne dit-on pas couramment aujourd'hui du mariage qu'il est « une *fin* ». Dans ce simple mot léger et cynique est contenue toute la conception moderne du mariage.

Tournons enfin nos regards vers l'enfant naturel. C'est lui qui a surtout sujet de se plaindre. Le mariage conduit à la plus choquante injustice. Victime des stupides préjugés de l'opinion publique qui le met au ban de la société et lui reproche durement d'être l'enfant de l'amour, il traîne toute sa vie le poids très lourd de sa naissance irrégulière, et porte la marque indélébile de la honte. Et la loi qui réserve toutes ses faveurs pour les forts et les intègres, vient elle aussi lui jeter à la face son mépris. Loin de le secourir, elle l'accable. Refusant à la famille d'autre source que le mariage, elle a creusé un large fossé entre les enfants légitimes et les enfants naturels, comme s'il y avait entre eux une différence de nature, comme si le même acte ne leur avait pas donné la vie. Sans doute, on commence à combler le fossé ; mais il était si profond qu'il reste encore beaucoup à faire pour qu'on puisse le franchir. L'inégalité est intolérable ; elle doit disparaître. Mais surtout ce qui indigné la raison, c'est qu'on fasse supporter à l'enfant naturel innocent les conséquences d'un acte dont il n'est pas responsable. La société juge, en effet, que la conception hors mariage est une faute ; elle exige qu'avant d'être admis à accomplir l'œuvre de vie, l'homme et la femme se soumettent devant un officier de l'état civil à un certain nombre de formalités. Et parce qu'ils auront omis ces formalités, parce qu'ils se seront aimés, sans la

permission de M. le Maire, la société les condamne et les maudit dans leur postérité; au lieu de les punir personnellement, elle frappe lâchement l'enfant, et tout conspirera contre cet être faible et innocent pour lui rendre la vie amère, et lui faire expier une faute qu'il n'a pas commise. Quoi de plus terrible que cet acte de vengeance ! Quoi de plus révoltant que cette injustice monstrueuse ! Voilà les conséquences de l'institution du mariage !

Ainsi le mariage qui devrait être fondé sur l'amour, sur la confiance, sur le don libre et joyeux de soi, repose en fait sur l'hypocrisie, l'immoralité et la servitude. Il est contre nature, car il cherche à tenir captif l'amour qui vit de liberté. « L'amour est chose fugitive et légère ; on lui « impose la permanence ; et la loi veut qu'il dure, alors « qu'en nous il meurt » (1). Détourné de son véritable but, le mariage n'est trop souvent qu'un honteux marchandage. Il est enfin malfaisant, parce que, fondé sur l'intérêt et non sur l'amour, il incite à l'abandon de la fille séduite, et parce qu'il exige qu'au maintien de son prestige et de sa primauté, on sacrifie des milliers d'êtres innocents.

Il faut donc chercher le remède à tant d'injustices et d'immoralité dans l'*union libre*. Elle seule assure la dignité de la femme, qui n'est soumise à aucun pouvoir, à aucune domination, mais est l'unique maîtresse de son corps et de sa pensée. L'union libre est morale, car les êtres qu'elle rapproche sont attirés l'un vers l'autre par de réels sentiments d'amour et d'estime. Elle respecte l'autonomie de l'individu et favorise son heureux développement, car elle ne lui impose ni soumission, ni sacrifice ; elle le laisse libre, le jour où il cesse de trouver dans l'union les satisfactions espérées, de rompre l'union et d'aller là où ses sentiments et ses désirs l'appellent et lui promettent le bonheur. Quant aux enfants, il sont tous issus de l'amour, ils ont tous un droit égal à la vie. L'union libre, c'est le triomphe de l'amour, le règne de la liberté et de la justice, l'épanouissement de la personne humaine dans toute sa force et sa beauté. La vraie morale, la morale naturelle, c'est celle

(1) Pouzol, *op. cit.*, p. 421.

qu'exprime le mot de Saint-Just: « Ceux qui s'aiment sont époux ».

Faut-il voir dans la doctrine de l'union libre, telle que la comprennent les socialistes et les libertaires, une extravagante utopie, ou bien un idéal qui se réalise chaque jour ? N'est-ce pas vers ce but que nous entraîne, avec une force fatale, notre penchant pour l'individualisme et notre passion de la liberté ? D'aucuns affirment que nous y allons tout droit, et citent, à l'appui de leurs prédictions, certains symptômes troublants. Les uns s'en réjouissent; les autres en sont épouvantés. Ils nous prophétisent tous les malheurs et toutes les ruines, ils nous montrent la nation submergée par le flot grandissant des passions déchainées et des désirs inassouvis. Ils nous rappellent la menace de de Bonald : « Quand l'Etat détruit la famille, la famille se venge et « détruit l'Etat. » Ils ne manquent pas, d'ailleurs, d'accuser le législateur de favoriser le mouvement qu'ils déplorent, comme s'il était libre de l'enrayer, comme s'il pouvait se placer en travers du torrent et briser son irrésistible élan. Ils ne voient de remède à cette situation que dans une législation qui protégerait énergiquement la famille et traiterait avec rigueur les enfants naturels, les irréguliers, tous ceux qui vivent, hors la société, et dont le nombre s'accroît avec une inquiétante rapidité. Au lieu de tolérer, avec une coupable indulgence, le développement des tendances modernes, il faut résolument prendre le contre-pied. Il faut remonter le courant qui nous submerge, fortifier les anciennes institutions qui sont ébranlées, réédifier celles qui sont détruites. Il faut en revenir à la vieille famille française avec sa puissante organisation, avec ses nobles traditions et sa foi religieuse. Peut-être ce remède est-il bon ? Mais serait-il efficace ? Est-il possible de restaurer un passé qui n'est plus et d'insuffler une vie et une ardeur nouvelles à un corps vieilli qui se meurt ? Je crains bien que la thérapeutique législative soit impuissante à réaliser ce miracle. Un tel miracle, nous ne pouvons pas le demander au législateur, nous devons l'attendre de l'évolution même des mœurs, de la direction des grands courants qui captivent

et entraînent la pensée humaine vers des buts inconnus. On l'a dit avec beaucoup d'à-propos : « La famille est peut-être de toutes les institutions celle dont la constitution, l'organisation et le développement ont le moins subi à toutes les époques l'influence des réglementations légales. Elle est plus qu'aucune autre le produit des mœurs... L'histoire de la famille se déroule principalement dans les mœurs, et la loi n'en peut modifier ou diriger le cours que dans la mesure restreinte où elle est capable d'influencer sur la conscience publique » (1). Nous ressemblons au pilote qui, se voyant assailli par l'orage, fait effort, en disposant habilement ses voiles, pour ne pas se laisser entraîner trop loin de sa route. Comme lui, nous ne sommes pas les maîtres de la tempête, nous ignorons quel but mystérieux elle poursuit dans sa course échevelée, mais à la différence du matelot, il ne nous est pas permis de choisir notre route car, éternellement ballottés sur les mers, nous courons sans relâche et sans fin vers un port inconnu et jamais atteint ; et les coups de barre que nous donnons à droite ou à gauche ne modifient pas sensiblement la direction que nous suivons malgré nous.

Mais pourrions-nous, tout au moins, pressentir cette direction ? Il est tout aussi difficile de prévoir le passage des grands courants aériens, que de prédire la marche des idées. On la croit souvent rectiligne et constante ; elle est essentiellement capricieuse, elle se plaît dans les détours, les brusques arrêts, les soudaines régressions. « La nature, dit Pascal, agit par progrès, *itius et reditus*. Elle passe et revient, puis va plus loin, puis deux fois moins, puis plus que jamais etc... Le flux de la mer se fait ainsi » (2). Et Pascal faisait suivre cette pensée du dessin d'un zigzag. Telle est bien la marche de l'évolution du droit. En vérité elle ne recule jamais, elle ne parcourt pas identiquement le même chemin ; mais parfois, par une route différente, elle s'éloigne de sa direction première et se rapproche de son point de départ. On avait vu, par

(1) Lerebours-Pigeonnière, *loc. cit.*, p. 267.

(2) Pascal. *Pensées*. Edit. Havet, art. xxiv, n° 89 bis.

exemple, la Révolution française proclamer l'autonomie de l'individu, l'affranchir de toute servitude, le libérer de toute association qui entravait son libre développement ; on avait aboli les corporations et on les croyait à jamais disparues, et voilà que, depuis trente ans à peine, les sociétés se multiplient, les syndicats se fondent et croissent avec une extraordinaire rapidité. Ces associations nouvelles, différentes en fait des anciennes corporations, se rattachent au même principe, à la même idée et répondent aux mêmes besoins ; elles menacent d'enchaîner l'individu par les liens les plus étroits, d'absorber toute sa personnalité, de sacrifier sa liberté et son initiative à la volonté dominante du groupe. Ainsi par une voie parallèle, le progrès des institutions humaines a semblé, sur ce point, revenir aux formes du passé. « Il y a, dit M. Tanon, dans l'évolution du droit, des temps d'arrêt, des régressions, des retours vers le passé suscités par les intérêts rivaux coalisés pour lui faire obstacle (1). » C'est, qu'en effet, la conscience sociale est chose mouvante et instable, parce qu'infiniment complexe. Notre faible intelligence humaine ne saurait pénétrer ses insondables mystères et prévoir avec sûreté sa marche capricieuse. La prévision de l'avenir sera pour nous incertaine, tant que nous n'aurons pas découvert les lois naturelles qui régissent les phénomènes sociaux.

C'est le grand sociologue Auguste Comte qui, mettant l'esprit en garde contre les déductions trop hâtives, recommande la plus grande prudence. Il insiste tout particulièrement sur cette idée que, lorsqu'on a cru s'apercevoir du décroissement continu d'une institution sociale, il ne faut pas en conclure nécessairement que cette institution tend à disparaître, totalement. On observe, dit-il, qu'avec les progrès de la civilisation, l'homme mange moins qu'auparavant. Personne ne songe à en déduire qu'il tend à ne plus manger du tout. Ici l'absurdité de cette conclusion nous frappe, mais elle est beaucoup moins apparente en matière sociale (2). Selon l'expression de Comte, quand on

(1) Tanon, *op. cit.*, p. 113.

(2) A. Comte. *Cours de philosophie positive*, t. IV, p. 371.

étudie une tendance, *il faut se garder de « pousser les choses à la limite »*. Ainsi, parce que nous constatons que les lois modernes sont de moins en moins protectrices de la famille, de plus en plus indulgentes pour les unions irrégulières, de plus en plus bienveillantes pour les enfants naturels, il serait faux et absurde de prédire, dès maintenant, la ruine de la famille, l'avènement de l'union libre et l'égalité parfaite de tous les enfants, légitimes et naturels. Et M. Lerebours-Pigeonnière, qui a étudié avec un soin particulier le droit de la famille, vient nous dire avec un sens profond des réalités sociales : « L'union libre est-elle la « formule de l'avenir ? On ne peut le savoir..... *Mais les mœurs ne suivent pas toujours le même mouvement tout droit*. C'est un Marcel Prévost qui vient nous avertir « *qu'en dépit de tous les raisonnements, il y a des sentiments* et il y a la nature de la plus faible qui ramèneront « toujours au mariage. Les rapports de famille, parce qu'ils « touchent à l'intimité même de l'homme et représentent « la partie la plus vraiment *humaine* des institutions juridiques, évoluent autour d'un petit nombre d'idées et se « transforment lentement » (1). Et ainsi, si le législateur ne peut avoir qu'une influence minime sur le progrès des mœurs, des idées et des sentiments humains, du moins, il est prématuré de croire que l'évolution de la conscience sociale se fait dans un sens rectiligne et va rapidement et sûrement vers un but déterminé. Il y a des arrêts, des retours, des régressions, imprévisibles. Elle agit « *par itus et reditus*. Elle passe et revient, puis va plus loin, puis deux « fois moins, puis plus que jamais... »

Certains, cependant, jugeront peut-être insuffisante cette réponse, et réclameront une critique serrée de la thèse de l'union libre.

Il nous serait facile de montrer que si l'on peut, avec quelque raison, reprocher au mariage d'être un honteux marché et un contrat immoral, il est possible d'adresser la même critique à l'union libre. Cette forme d'union est fausse et dangereuse, car elle est contractée uniquement, de l'aveu même de ses défenseurs, pour la satisfaction de

(1) Lerebours-Pigeonnière, *loc. cit.*, p. 294.

l'instinct sexuel. Les mariages modernes se bâtissent sur des considérations d'intérêt pécuniaire ; l'union libre, dit-on, se fonde sur l'amour ; mais ce n'est point le noble sentiment de l'amour fait de confiance, d'estime réciproques ; c'est l'amour sexuel, l'amour physique fait d'égoïsme et de brutalité qui réclame satisfaction. Les époux sont l'un pour l'autre des instruments de plaisir ; et ils ne sont que cela. La situation de la femme ne s'en trouve pas sensiblement relevée.

L'union libre est immorale, car elle favorise nos passions et développe en nous les bas instincts de la brute. Elle fausse d'ailleurs la solution du problème du rapport des sexes. Car « elle transforme en *but* ce que la nature a institué comme *moyen*. Ainsi les relations sexuelles préconisées par les partisans de l'union libre supposent fin en soi ce plaisir, dont la nature a fait l'aiguillon destiné à perpétuer l'espèce. De là, l'éveil prématuré des sens, la prédominance de l'amour physique, les excès que commettent fatalement ceux qui n'ont pas appris à se contemner, les pratiques vicieuses dont s'assaisonne la débauche lorsqu'elle se lasse d'une monotone accoutumance » (1).

L'union n'est libre qu'en apparence. En effet, pour qu'elle assure également le bonheur des deux intéressés, il faudrait qu'un amour réciproque naisse au même instant et s'éteigne en même temps chez l'un et chez l'autre. Mais si la passion faiblit chez l'un d'eux seulement, il a seul la liberté de se retirer, l'union est contractée pour le bonheur réciproque des intéressés, mais elle manque son but, car il y en a toujours un des deux qui cherche encore son bonheur dans l'union, alors que l'autre le lui refuse. L'un veut toujours aimer, et l'autre lui interdit de continuer d'aimer. « Si deux feuilles ne se ressemblent pas dans la forêt, comment deux âmes pourraient-elles tant vibrer à l'unisson que leurs capricieuses métamorphoses se succèdent suivant un parallélisme rigoureux ? » (2).

(1) Pouzol, *op. cit.*, p. 431.

(2) *Ibid.*, *op. cit.*, p. 428.

Mais à quoi bon poursuivre cette vaine critique ? Le procès de l'union libre a depuis longtemps été fait. Et, à notre avis, il ne sert de rien d'opposer des arguments de raison ; les coups ne portent pas, car le terrain sur lequel on se livre bataille n'est pas le véritable terrain. Il est bien certain que, si l'on se place au point de vue strictement individuel, si l'on est inspiré par la seule logique froide et rigoureuse, on ne parvient pas à comprendre que le mariage soit entouré de cette auréole, et que toutes les faveurs du législateur soient réservées aux seuls enfants légitimes. Notre raison s'irrite contre une telle injustice ; et elle est prête à se laisser convaincre par les arguments des libertaires. Mais voilà que tout s'éclaire, que tout se justifie, si, abandonnant le point de vue de la logique pure, nous essayons de saisir les nécessités de la vie sociale. C'est qu'en effet, la logique n'est point toujours d'accord avec la vie et reçoit de celle-ci de cruels démentis. Trop souvent, nous essayons de plier la réalité des faits à nos conceptions abstraites, au lieu de modeler ces conceptions sur les circonstances de la vie. C'est là une erreur, à laquelle les plus grands esprits eux-mêmes sont sujets, et qui paraît être plus particulièrement fréquente à notre époque. La vie sociale impose des sacrifices, que la raison individuelle ne comprend pas. Nous voudrions précisément montrer, dans ces pages finales, que toute la question de la filiation naturelle, et plus spécialement de la recherche de la paternité, repose sur cette contradiction de la *logique* et de la *vie*. Selon que l'on se place à l'un ou à l'autre de ces points de vue, on trouve justes ou injustes, utiles ou néfastes, les mêmes institutions. Comme l'a dit M. Faguet (1), il y a en nous la « *raison abstraite* » qui juge toutes choses par rapport à l'individu et recherche la vérité en soi, et la « *raison socialisante* » qui a souci des intérêts de la société et cherche à pénétrer la vérité sociale. La première traite de préjugés les produits de la seconde ; et celle-ci considère, comme destructrices, les conceptions de celle-là. Cet éternel conflit, M. Capitant le constate en ces termes, dans son

(1) Faguet. *Les préjugés nécessaires*. Paris 1911, p. 352 et suiv.

Introduction à l'étude du droit civil : « On a vivement
« attaqué de nos jours, dit-il, cette différence tradition-
« nelle entre les effets des deux filiations. L'enfant natu-
« rel ne doit pas supporter le poids de la faute de ses pa-
« rents, il n'est point coupable de l'irrégularité de sa nais-
« sance, et le lien qui l'unit à ses père et mère est absolu-
« ment le même, aux yeux de la nature, que celui qui serait
« consacré par le mariage. Mais ces considérations ne suf-
« fisent pas pour condamner le système du Code civil. Il y
« a deux intérêts en présence, celui de l'enfant naturel,
« celui de la famille, et la question revient à savoir, quel
« est celui qui doit l'emporter ; or l'intérêt de la famille
« touche à l'ordre social tout entier, tandis que l'intérêt de
« l'enfant naturel est purement individuel et privé » (1).



On a pu dire avec justesse que « de toutes les victoires
« de la société sur la nature, le mariage monogamique est
« la plus éclatante, la plus vigoureuse et peut-être la plus
« féconde » (2). L'homme est polygame de sa nature ; pen-
dant la longue durée de la grossesse de sa compagne, ses
besoins et ses désirs ne cessent pas ; l'homme primitif dut
donc pratiquer par nécessité la polygamie. Mais la société,
à peine constituée, s'aperçut bientôt que la polygamie lui
était contraire parce qu'elle tarit, en la dispersant, la puis-
sance virile et qu'elle tarit également la fécondité fémi-
nine. Car l'homme craignant d'avoir de trop nombreux en-
fants, tend à faire, de la plupart de ses compagnes, des
instruments de plaisir. Et ainsi la société imposa le préjugé
monogamique ; de ce jour la question de la filiation illé-
gitime fut posée. On connaît toutes les mesures prises par
les Romains pour inciter les citoyens au mariage et le res-
pect qu'ils professaient pour cette union. C'est qu'en effet
le mariage présente pour l'Etat de multiples avantages.
D'abord, il satisfait le besoin d'ordre et de sécurité de la

(1) Capitant. *Introduction à l'étude du droit civil*, 1912, p. 132.

(2) Faguet, *op. cit.*, p. 267.

société. Il unit les époux pour une longue période, le plus souvent pour toute la vie. Or, la société réclame la stabilité et la permanence des situations ; c'est même dans ce but qu'elle fit le mariage indissoluble et proscrivit le divorce, « cette sorte de polygamie successive ». Les changements incessants, auxquels donnerait lieu l'union libre, jetteraient le désordre et apporteraient une inextricable confusion dans les rapports sociaux. La société réclame aussi la soumission aux lois ; elle exige des citoyens qu'ils ne cherchent pas à se soustraire à leur devoir et qu'ils ne fuient pas les responsabilités. Or, qu'est-ce donc que l'union libre ? Elle entretient et favorise cette tendance naturelle de l'homme à se dérober aux conséquences de ses actes. Qu'est-ce qui fait son charme et son attrait ? C'est qu'elle n'impose à l'individu aucune obligation légale, et qu'elle établit le régime de l'irresponsabilité. « L'association libre, « dit Bertillon, sorte de concubinat régulier, qui s'est spontanément constitué pour échapper aux formalités, aux exigences et aussi aux conséquences de l'association légale » (1). La société se soucie donc fort peu du bonheur et de la volonté des individus. Elle ne les consulte pas, elle se refuse à condescendre à tous leurs caprices et leurs désirs ; elle leur impose la fixité dans l'amour ; mais ce n'est point sur l'amour sensuel qu'est fondée l'union, celui-là est passager et instable ; c'est sur l'amour conjugal, fait d'estime et de confiance réciproques qui, loin de disparaître, s'accroît et se fortifie avec les années. Ainsi, le mariage dure alors que la jeunesse s'est enfuie. Mais les époux sont attachés l'un à l'autre par le souvenir de toutes les joies et aussi de toutes les peines éprouvées et subies côte à côte, par le souvenir de toute une vie d'affection et de dévouement mutuels. « Il reste cette communion de cœur et de « pensée de deux êtres qui ont vécu ensemble et qui pour- « suivent le même but ; il reste une amitié sincère, qui fait « que, même devenus vieux, les époux vivent encore de « leur existence passée » (2).

(1) Cité par d'Haussonville. *Le combat contre le vice. Revue des Deux-Mondes*, 1887, p. 153.

(2) Crémieux, *op. cit.*, p. 231.

Le mariage est encore nécessaire à la société, parce qu'il crée la famille. Or, l'Etat est au plus haut point intéressé à la prospérité de la famille, car c'est elle qui élève et qui forme les enfants, développe leurs corps et façonne leur âme. Elle a pour mission de produire la vie et de la conserver. Seul le mariage remplit ce double but. Il est fécond, parce qu'il n'est pas contracté pour la satisfaction des sens, mais pour la création de la famille. L'union libre est stérile, parce que les intéressés font d'eux-mêmes des instruments de plaisir. Le problème du rapport des sexes est faussé, car l'amour est à lui-même son propre but, alors que son résultat naturel c'est l'enfant. L'union libre, exaltant les plaisirs égoïstes de l'amour et les proposant aux époux comme seul idéal, incite aux honteuses pratiques qui privent l'acte sexuel de ses conséquences normales. Car on craint que le plaisir ne se gâte par la naissance d'un enfant, ce trouble-fête, cet interrupteur d'idylle, dont la venue altère prématurément la beauté, compromet la coquetterie et hâte la vieillesse. L'espèce est appelée à périr dans cette poursuite contre nature des plaisirs amoureux. « Diderot supposait que les Taïtiens adoraient la Vénus « féconde. Les faits démontrent qu'à Cythère la Vénus stérile se dresse seule au fond des temples » (1). Au contraire, quelle joie pour le jeune ménage que la venue de l'enfant tant désiré. Il est le lien le plus fort du mariage, car il est le signe vivant de l'union des deux époux. Le mariage a ainsi fait produire à l'amour son véritable effet, naturel et normal : la fondation d'une famille. La société a un intérêt de premier ordre à la fécondité des unions : le nombre et la force des générations nouvelles assurent sa perpétuité et sa puissance. Aussi, de tous temps, l'Etat a favorisé les familles nombreuses. Les sociétés primitives n'assignaient au mariage d'autre but que la procréation des enfants. On permet à celui dont la femme est stérile de s'unir avec une autre femme. L'Etat romain établit des peines contre ceux qui n'étaient pas mariés, accordant des récompenses et des honneurs à ceux qui avaient une nom-

(1) Pouzol, *op. cit.*, p. 432.

breuse famille. N'est-il pas aujourd'hui question d'édicter des mesures analogues ? Les Romains allèrent même jusqu'à interdire le mariage aux vieillards. Les sociétés ont ainsi exalté et proposé en exemple le père de famille. L'homme moral pour elles, c'est l'homme marié ; c'est lui qui est « l'*homme social* par excellence, la cellule pure et « saine du corps social ». A Rome, celui des consuls qui a le plus d'enfants prend les faisceaux le premier.

Quand, par accident, l'union libre inféconde aboutit à la naissance d'un enfant, celui-ci est sacrifié et tombe nécessairement à la charge de la société. En effet, l'éducation d'un enfant exige, pendant de longues années, des soins constants ; les parents doivent être prêts au dévouement, parfois même au sacrifice. Mais l'union n'est contractée qu'en vue du bonheur des amants ! L'enfant est une charge, un gêneur, une cause de soucis et de privations. Il réclame la permanence, la durée de l'union, car il restera longtemps encore faible, incapable de se suffire à lui-même. Mais l'union est par essence la variété, le changement, la diversité ! La paternité, sous un tel régime, est dépourvue de tout caractère de certitude bien apparent. L'irresponsabilité est la règle dans cette poursuite effrénée du plaisir égoïste. Dans le mariage, au contraire, l'enfant est aimé, choyé pour lui-même, car il est la vie du foyer. Un foyer sans enfant, c'est un corps sans âme. Toutes les pensées des parents lui sont consacrées ; c'est pour lui qu'ils travaillent, c'est pour lui qu'ils se privent. Ils ont la mission sacrée de fortifier son corps et de former son âme. C'est dans la famille que l'enfant prépare toute sa destinée. Il est dans la vie ce que la famille l'aura fait. Et la société a besoin de citoyens forts et intègres. On l'a dit maintes fois : Tant vaut la famille, tant vaut l'homme et tant vaut la nation. Elle est le creuset où se fondent les vertus morales et sociales, où se trempent les énergies, où se forment les volontés. Elle est basée sur l'autorité du père, et la société réclame le respect du pouvoir et la soumission aux lois. Elle est l'école de la solidarité et du dévouement, et la société humaine, selon le mot de Lamennais, est fondée sur « le don naturel ou le sacrifice de l'homme à l'homme ».

Quand il est isolé ou qu'il vit en union libre, l'homme a tendance à donner libre cours à son égoïsme naturel. Il ramène à sa seule personne toutes ses pensées et toutes ses affections ; il n'a d'autre but que de satisfaire ses désirs et d'assouvir ses passions. Il ne recherche dans l'amour que son plaisir personnel. Il est inutile et dangereux pour la société. Mais, au contraire, l'homme qui vit en famille apprend à réfréner ses instincts, à reporter sur d'autres individus l'affection qu'il concentrerait sur lui seul ; il s'oublie peu à peu lui-même, il vit pour sa femme et pour ses enfants. Il cherche moins à réaliser son bonheur personnel que celui de sa famille, ou du moins il a confondu son propre bonheur avec le bonheur des siens. Chaque jour, il accomplit pour eux les actes les plus pénibles d'abnégation de soi, avec la facilité et la joie que donne l'habitude du sacrifice. En lui, le sentiment de l'amour se transforme et s'ennoblit ; à l'instinct bas et égoïste de l'amour sexuel se substitue le sentiment élevé de l'amour conjugal, fait d'affection, d'estime et de désintéressement ; il ouvre son cœur à l'amour paternel, qui crée d'inépuisables réserves d'énergie et de dévouement et reste vivace et pur dans les âmes les plus honteusement dégradées. Ainsi, par une longue pratique des vertus privées, l'homme marié, le père de famille s'est préparé à remplir dignement son rôle de citoyen. Il est l'*homme social* par excellence.

La vie de l'homme est *brève* ; la société réclame la *durée* et la perpétuité. Il est sujet à la mort. La société est éternelle. C'est grâce à la famille que l'individu prolonge sa vie et ne meurt pas tout entier ; c'est par elle qu'il participe à l'immortalité de l'humanité. Selon la belle pensée de Taine : « La famille est le seul remède que l'homme ait trouvé contre la mort ». En effet, il continue à vivre dans son fils et dans les descendants de son fils. Il leur a transmis avec son sang toutes ses qualités, toutes ses vertus, toute son âme. Il se dépense sans regrets pour leur assurer le bonheur et la force ; il se sacrifie joyeusement à ses enfants, parce qu'il vivra un jour en eux ; c'est à lui-même qu'il offre le sacrifice de sa propre personne. Et il ne craindra pas sa souffrance, il ne ménagera pas son dévouement,

car il sait bien que plus il se sera privé, et plus il se sera donné, plus sa descendance sera nombreuse et puissante, plus complète sera sa victoire sur la mort, plus longtemps il aura prolongé dans l'avenir sa propre vie dans la vie de sa postérité. Si l'on sait considérer l'homme non point dans ce qu'il y a en lui d'individuel et de contingent, mais si l'on sait discerner en lui l'élément social et humain, alors il faut dire avec Auguste Comte : « Celui qui n'a vécu que
« pour soi, qui a cherché égoïstement la vie l'a perdue, car
« la mort le prend tout entier. Celui qui a vécu pour au-
« trui, celui qui n'a pas cherché pour soi la vie l'a trouvée,
« car il survit en autrui » (1).

Mais, en même temps, le père de famille d'aujourd'hui se rattache aux générations passées ; il profite de leur expérience, il vit du fruit de leur travail, de leurs succès et de leurs sacrifices ; il bénéficie du legs précieux de leurs traditions. Il recueille l'héritage du passé et il enrichit le patrimoine de l'avenir. C'est par lui que sa race se perpétue ; il comprend qu'il est un simple anneau, mais un anneau indispensable de la longue chaîne familiale. On peut très légitimement appliquer à la famille la belle pensée de Comte sur l'humanité : « La famille se compose de plus de
« morts que de vivants ».

Ainsi donc la société a le plus grand intérêt, un intérêt vital même à la conservation et à la prospérité de la famille fondée sur le mariage. Elle est, selon le mot célèbre de Le Play, la « cellule sociale ». Cette union est le seul garant de l'ordre, de la stabilité, de la discipline et de la solidarité, principes sur lesquels repose tout l'édifice social. C'est elle qui développe les vertus publiques et qui transforme l'individu inerte et égoïste par nature en citoyen actif et zélé ; elle est la grande école sociale du désintéressement et du dévouement, où l'homme, apprenant à s'oublier lui-même, est prêt à se soumettre aux ordres de la nation et à accomplir les plus pénibles sacrifices qu'elle attend

(1) A. Comte. *Politique positive*, t. I, p. 346.

de lui. On l'a fort bien dit : « *C'est par la famille que l'individu est divisé dans la société* » (1).

Celle-ci a donc le droit et le devoir de favoriser et de défendre la famille, les époux unis par le lien sacré du mariage et les enfants qui en sont issus. « L'objet de l'Etat, a dit de Bonald, est la conservation des familles. » L'état est un agrégat de familles, comme la famille est un agrégat d'individus. Aussi la société n'a-t-elle pas manqué de protéger énergiquement la famille ; elle lui refuse toute autre source que le mariage légalement contracté. Elle réserve ostensiblement toutes ses faveurs pour les enfants légitimes. Et c'est ainsi qu'elle a été amenée à exclure de ce groupe tous les irréguliers, tous ceux qui ont violé les lois, tous ceux qui ont résisté à la volonté sociale. La société a créé, *inventé* le mariage monogamique. Elle ne peut tolérer qu'il lui soit fait concurrence et elle a, dans ce but, accordé une forte prime à ceux qui acceptent son institution. Elle a dit à ceux-ci : « Vous aurez tous les avantages ; vous serez heureux et considérés ; vous jouirez de la plénitude de vos droits. Vous recueillerez tous les biens de vos parents, vous n'aurez pas à prouver votre filiation, car je vous l'offre moi-même ; je l'établis à votre place : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* ! Au contraire, elle flétrit les individus qui, se soustrayant à la loi sainte du mariage, vivent dans un concubinage déshonorant ; ils donnent l'exemple du désordre, de l'immoralité et de la révolte. Quand ils abandonnent lâchement la mère et l'enfant, la filiation de celui-ci devient incertaine, la mère par faiblesse ou par misère confie son enfant à l'Assistance publique : il tombe ainsi la plupart du temps à la charge de la société. Parfois aussi la mère va jusqu'au crime sur la personne de l'enfant ou de son amant, ou échoue dans les bas-fonds de la prostitution. Autant de charges, autant de dangers pour la société. Aussi, pensant ramener les parents dans le droit chemin et les détourner des unions irrégulières, le législateur accable les enfants naturels de toutes ses rigueurs,

z (1) Taudière. *Les lois françaises contre la famille*, Paris, 1913, p. 7.

car il veut frapper les parents dans les enfants. Et, bien que la raison et la logique s'accordent pour affirmer que la nature a fait tous les enfants égaux entre eux, qu'elle n'a marqué les illégitimes d'aucun signe infamant, que l'acte créateur de la vie fut le même pour tous, cependant le législateur, parlant au nom de la société, des nécessités de la vie sociale, dit aux enfants naturels : Parce que vos parents ont transgressé mes ordres et que vous êtes le signe vivant de leur faute, je romps l'égalité à votre détriment ; je vous couvre de honte et je vous désigne au mépris public. La vie vous sera dure et pénible. Je vous déclare déchu de vos droits, vous ne recueillerez pas le patrimoine de vos parents. Vous devrez établir votre filiation, mais je vous rends la preuve très difficile ; et même pour que vous ne troubliez pas l'ordre social par vos demandes inopportunes, je vous interdis même totalement de rechercher votre père.

Mais un tel langage soulève une tempête de protestations. Et de fait, nous nous indignons contre cette injustice monstrueuse, intolérable qui fait supporter aux enfants la peine d'une faute commise par leurs parents. Notre raison s'étonne ; notre conscience se révolte, cette conséquence blesse notre sentiment de justice individuelle en faisant du crime et de la faute des choses qui ne sont plus individuelles. L'homme, déjà si indulgent pour ses propres fautes, ne peut souffrir qu'il puisse être puni pour les fautes des autres. C'est à la fois absurde et odieux. On entend les cris d'indignation des libertaires et des disciples de Rousseau, s'élevant contre ce stupide préjugé, qui constitue l'un des dogmes de la doctrine chrétienne et d'après lequel les enfants sont souillés par les fautes de leurs parents et doivent les expier. Il faut en revenir à la loi de nature, seule juste et équitable. C'est Cambacérès qui s'écria : « Le droit « naturel doit être le même pour tous les enfants, qu'ils « soient légitimes ou naturels, car ce n'est pas le caractère « de l'union dont ils sont issus qui peut changer le caractère de son droit. Il existe une loi supérieure aux autres : « la loi de nature. C'est elle qui assure aux individus, dont « nous nous occupons, les droits qu'on cherche à leur ravir. Ces droits leur ont été rendus le jour où la nation « a déclaré qu'elle voulait être libre... Les différences éta-

« blies entre eux sont l'effet de l'orgueil et de la superstition. Elles sont ignominieuses et contre toute justice. « Dans un gouvernement basé sur la liberté, les individus « ne peuvent être victimes des fautes de leur père... L'exhéré- « rédation est la peine des grands crimes. L'enfant qui « naît en a-t-il commis ? Et si le mariage est une institution précieuse, son empire ne peut s'étendre jusqu'à la « destruction des droits de l'homme et du citoyen » (1). Plus récemment Esquiros demandait que l'opinion publique lève l'anathème jeté sur la tête de l'enfant naturel ; car nul ne peut être coupable d'une faute qu'il n'a pas commise. « Le péché originel s'en va de nos croyances ; qu'il « s'échappe aussi de nos mœurs ! » (2). — « Pour moi, dit « M. Rivet, je préférerais laisser échapper cent coupables « que de punir un innocent... La loi est injuste, cruelle et « barbare » (3). C'est la raison pure, abstraite, qui tient ce langage, mais la vie sociale la contredit. Vous êtes dans la logique, répéterons-nous, dans la logique rationnelle, mais vous n'êtes pas dans la vérité, la vérité sociale. Si l'on se place seulement — comme l'ont fait les Conventionnels — au seul point de vue individuel et que l'on suive les avis de la déesse Raison, certes une telle loi paraît fausse, injuste et absurde ; mais si l'on n'envisage que le côté social, elle est tout ce qu'il y a de plus vrai, de plus juste et même de plus logique. Et surtout les disciples de Rousseau sont bien mal inspirés quand ils réclament le retour à la loi de nature. Ne voient-ils donc pas que ce mythe du péché originel, à l'égard duquel ils professent un dédain superbe, est précisément lui-même une loi fatale de la nature ? Cette croyance à la réversibilité des fautes, c'est-à-dire à la solidarité dans le mal, est une idée née de l'observation des faits naturels, et elle a été développée par les religions et les sociétés. L'homme s'est vite aperçu de la transmission des maladies à travers les générations successives. Il a constaté qu'il était atteint des mêmes tares que ses parents,

(1) Cité dans Rivet, *op. cit.*, p. 192.

(2) Esquiros. *Revue des Deux-Mondes*, 1846, p. 1044.

(3) Rivet, *op. cit.*, p. 190.

qu'il souffrait de leurs maux et de leurs douleurs, de leur incontinence et de leur inconduite. Parce que leurs aïeux n'ont pas eu l'énergie suffisante pour réfréner leurs passions, parce qu'ils ont mené une vie de débauche et de désordre, les descendants sont chétifs, malingres, estropiés, souffreteux. Ils expient les fautes qu'ils n'ont pas commises. Si les parents ont été prodigues et imprévoyants, les enfants sont pauvres et misérables. Les premiers ont vécu dans le luxe et les plaisirs, les seconds vivront dans le dénuement et la douleur. Parce qu'un membre indigne d'une famille honorable se sera rendu coupable d'une mauvaise action, tous les membres de cette famille et toutes les générations futures en porteront la honte et seront voués au mépris public. Ainsi « la flétrissure et la condamnation se « propagent, comme en ondulations de souffrance, bien au-delà du coupable qu'elles frappent » (1). Parce que les ancêtres auront commis des erreurs ou des sottises, la nation supportera les conséquences de leur ignorance et de leur impéritie. L'idée de la réversibilité des peines, de la solidarité dans la faute et dans le châtimement était donc dans la nature. L'homme a donc commencé par faire cette cruelle constatation que les maladies se transmettaient. Or, il croyait que la maladie est un châtimement, une punition qui « coule, comme disait Pascal, des pères aux fils ». De la croyance à l'hérédité physiologique il est passé, sans heurt, à la croyance à l'hérédité morale.

Puis la société a développé à son profit cette idée naturelle. En effet, elle a besoin de permanence et de continuité ; mais les hommes succèdent sans cesse aux hommes et ne font que de courtes apparitions dans le temps. Elle veut également que les fautes soient punies, que les crimes soient expiés. Parce qu'elle a une durée perpétuelle et que les individus passent, ceux-ci constituent un seul et même homme au regard de la justice sociale, qui considère l'humanité entière, selon le mot de Spinoza, *sub specie æternitatis*. Pour la société, la faute n'est pas individuelle : elle est collective. Les notions de culpabilité et de respon-

(1) Brunetière. *Revue des Deux-Mondes*, 1883, p. 368.

sabilité individuelles n'offrent pour elle aucun sens, car tous les hommes, qui sont issus les uns des autres et appartiennent à une même race, sont confondus dans une seule lignée. Les individus ressuscitent dans leurs descendants, et leurs ancêtres survivent en eux-mêmes. Il n'y a pas de solution de continuité dans la suite ininterrompue et homogène des générations. « Nous sommes le prolongement « et la continuité de nos père et mère, dit Barrès ; toute la « suite des descendants ne fait qu'un *même être*. » Tous les hommes sont solidaires dans la faute ; ils le seront dans le châtement. Peu importe que l'un soit puni plutôt que l'autre, puisqu'ils sont une seule et même personne, qui se perpétue ; l'essentiel est que la peine soit subie. La justice sera satisfaite. « Punir les pères dans leurs enfants, dit « Bossuet, c'est les punir dans leur bien le plus cher, c'est « les punir dans une partie d'eux-mêmes que la nature « leur a rendue plus chère que leurs propres membres et « même que leur propre vie ; en sorte qu'il n'est pas moins « juste de punir un homme dans ses enfants que de le punir dans ses membres et dans sa personne... *Reconnaissons donc cette justice qui venge les crimes des pères sur les enfants* » (1). Écoutons de même l'avocat général Séguier faire cette déclaration en 1779 devant le Parlement de Paris : « Il est *juste* de punir la conjonction illicite jusque « dans les enfants, en privant les père et mère de la satisfaction qu'ils auraient eue de verser des bienfaits sur le « fruit de leur union criminelle » (2). Ces mêmes pensées, M. Faguet les traduit dans cette forme heureuse et saisissante : « Que le petit-fils soit puni pour les fautes du grand-père, ce n'est pas autre chose qu'un homme soit puni « dans sa vieillesse pour les fautes de sa jeunesse... Ils ont « commis des fautes. C'est nous qui en sommes punis. « Est-ce juste ? Il ne le semble pas. Mais enfin c'est l'*ordre naturel*. Et que ce soit l'ordre naturel, cela n'indique-t-il « pas qu'il y a un quelque chose qui veut que les fautes

(1) Bossuet. *De la Connaissance de Dieu et de soi-même*, chapitre iv, n° 11.

(2) Cité par Pouzol, *op. cit.*, p. 13.

« soient payées, un quelque chose qui nous dépasse et nous
 « surplombe et qui ne s'arrête pas parce que notre vie indi-
 « viduelle s'arrête, dont la loi de compensation va son
 « chemin, et non satisfaite au temps d'une génération, se
 « satisfait au temps des générations suivantes » (1). Cette idée qui domine toute la Bible, ce mythe du péché originel, que les rationalistes traitent si dédaigneusement apparaît donc comme l'idée la plus logique et la plus juste, comme une loi de nature confirmée par la vie sociale. Il faut que l'individualisme moderne ait aveuglé les esprits pour qu'ils renient cette croyance, qu'ils la repoussent comme fausse et comme barbare.

De ce dogme social de la réversibilité des fautes et des peines, le législateur de tous les temps a été pénétré, quand il a écrit le droit de la filiation illégitime. La conception hors mariage est une faute au regard de la société, parce qu'elle constitue une violation de ses règlements et de sa morale, parce qu'elle rend incertaine la filiation paternelle, qu'elle entraîne souvent de lourdes charges pour la collectivité, qu'elle jette le désordre et la confusion dans les rapports sociaux. Il est donc nécessaire de réprimer cette faute afin d'éviter qu'elle ne se renouvelle. Mais encore faut-il savoir quels sont les coupables. Or, l'homme est toujours inconnu, la paternité n'étant pas vérifiable de par les lois de la nature ; on ignore fréquemment aussi quelle est la femme, l'enfant ayant été abandonné. Mais la société ne se donne point le souci de rechercher les véritables auteurs de l'acte illicite. Elle ne connaît que l'enfant, c'est lui qui sera châtié ; parce que c'est une seule et même chose pour la société de condamner l'enfant ou les parents ; c'est punir les parents que de punir les enfants, qui sont une partie d'eux-mêmes. « Il a fallu flétrir le concubinage, dit Montesquieu, il a *donc* fallu flétrir les enfants qui en « étaient nés » (2). Au point de vue individuel, c'est absurde et odieux ; au point de vue social, c'est très logique et très juste. C'est donc à l'enfant naturel, à l'enfant innocent et faible que l'opinion publique reproche sa naissance

(1) Faguet, *op. cit.*, p. 187.

(2) Montesquieu, *Esprit des Lois*, l. xxiii, chap. 6.

honteuse, c'est lui qu'elle charge d'anathèmes, c'est lui qu'elle relègue au ban de la société. Elle est non moins sévère pour la fille-mère, bien que, indignement abusée, celle-ci ne soit qu'à demi responsable et qu'elle ait tenté de se réhabiliter par un entier dévouement à son enfant. Elle est, au contraire, pleine d'indulgence pour le vrai coupable ; elle n'a pas de raison de le repousser et de le châtier, puisque sa faute est rachetée par la souffrance d'un autre. Il faut que la dette soit acquittée ; peu importe qui la paie. « L'idée de justice est satisfaite dès que quelqu'un « est puni. Satisfaction singulière, mais que l'histoire atteste » (1). S'il peut paraître pénible à l'individu d'être puni pour les fautes de ses parents, il lui semble redoutable que ses descendants soient punis pour lui. Et c'est en cela que l'idée vraie ou fausse de la réversibilité des peines et de la réversibilité des châtimens est en fait très opérante et très féconde. Elle peut empêcher l'individu de commettre le mal, parce qu'il veut vivre dans sa postérité, qu'il tient à sa reconnaissance et qu'il redoute son jugement. Songeant aux conséquences terribles de ses fautes, il restera dans la vertu et dans la légalité. Du fond de l'avenir les enfants crient à leur père : « Sauve-nous ! ne nous « tue pas ! ne nous fais pas naître pour nous tuer ! Ne nous « fais pas naître mourants ! Nous dépendons de ta vertu « et de ta sagesse, nous dépendons de ton bon sens ; nous « dépendons de ta civilisation ou de ta barbarie, fils de « ton corps, nous dépendons de ton âme. Ne nous sacrifie « pas à tes intérêts d'un jour et à tes passions d'une minute. Vis en nous par ta prévision, par ta prévoyance, « par ta prudence. Vis en nous ce qui est peut-être la seule « façon d'être immortel ». « Et le préjugé qui met ainsi « l'individu en présence de l'innombrable postérité comme « devant un immense conseil de famille qui, à la fois, le « supplie, l'adjure, l'exhorte, et le juge, est une des formes, « accidentelles et imprévues, je le veux bien, mais importantes et même terribles de la morale éternelle » (2).

(1) De La Grasserie, *op. cit.*, p. 234.

(2) Faguët, *op. cit.*, p. 193.



C'est en partant de ces considérations morales et sociales qu'il nous faut maintenant essayer de déterminer quelle est la situation du problème de la recherche de la paternité dans ses rapports avec l'individu et la société, avec la logique et la nature, avec la raison pure et la vie sociale. Cette question revient à se demander si l'on doit considérer l'autorisation de la recherche de la paternité comme une victoire de l'individu sur la société, comme un échec porté aux préjugés sociaux, ou au contraire comme un nouvelle mainmise de la société sur l'individu. Cette question est singulièrement difficile à résoudre, nous n'en voulons pour preuve que ce fait significatif : quand on parcourt les discussions qui ont eu lieu sur ce sujet depuis quarante ans, on est frappé de la contradiction qui se manifeste sur ce point entre les auteurs. Nous n'avons point la prétention de résoudre ce problème ; nous voudrions seulement tâcher de le poser avec quelque netteté.

Les uns nous disent : « La recherche de la paternité n'est « qu'un moyen de plus de *constituer* la famille » (1). — « Elle confirme et assure la *perpétuité* de la famille » (2). — « Avant tout, une remarque frappe l'esprit : la prépondérance du point de vue social. La pensée de la *nation* « inspire de plus en plus le législateur moderne, tandis « qu'autrefois il considérait surtout les intérêts particuliers » (3). Et, de l'autre côté, nous entendons dire à propos de cette même réforme de la recherche de la paternité : « Les trop vastes espoirs donnés à de telles recherches de « paternité diminueraient, de plus en plus, la distance qui « sépare encore, dans nos sociétés, l'union libre du mariage légitime. Il ne faut pas se dissimuler, que ce résultat est au fond celui que désirent un grand nombre de « partisans tapageurs de la recherche complète de la pa-

(1) Pouzol, *op. cit.*, p. 240.

(2) Viollette. Rapport à la Chambre, 1911, p. 26.

(3) Champcommunal, *loc. cit.*, p. 160.

« ternité ouvertes à tous... » (1). — « Au-dessus des intérêts
 « *individuels*, il y a l'intérêt de la famille, qui est un inté-
 « rêt social de premier ordre parce que la famille est la cel-
 « lule sociale, la base même de la société. Si vous ne la dé-
 « fendez pas, même au détriment des intérêts individuels,
 « c'en est fait de la société! » (2). — « L'intérêt de la so-
 « ciété réclame la prohibition absolue de la recherche de
 « la paternité » (3). — « *L'individualisme* tend plus forte-
 « ment à supplanter les antiques formes de contrainte so-
 « ciale » (4). — « Le droit de *l'individu* l'a emporté sur
 « l'intérêt du groupe familial et de la société » (5).

Ainsi donc, ici l'on considère la recherche de la paternité comme favorable à l'institution même du mariage ; là elle paraît néfaste et pleine de dangers. Tantôt on voit en elle une victoire de l'individualisme, et tantôt une conquête de la société. Et ce qu'il faut bien remarquer, c'est que ces opinions contradictoires émanent tout aussi bien de la bouche des partisans que des adversaires de la recherche de la paternité. En effet, tous les auteurs sans exception, que nous venons de citer, se sont montrés partisans de la réforme. Voilà donc une attitude fort étrange.

Nous allons essayer de dégager les principales raisons de ces antinomies. Il y a d'abord contradiction entre les divers intérêts en jeu ; ce sont des intérêts individuels : celui de l'enfant et celui de la mère qui sont d'ailleurs étroitement liés. Nous avons pu voir, au cours de ce travail, que si la femme est admise à exercer l'action en recherche de paternité, l'enfant en profite indirectement ; au contraire il a à souffrir de l'indignité de sa mère. Mais il y a aussi l'intérêt individuel et opposé du père prétendu, qui a tout avantage à jouir de l'impunité et de l'irresponsabilité absolues. Puis, il y a les intérêts sociaux, l'intérêt de la fa-

(1) Joly, cité dans *Revue du Mouvement social catholique*, 1913, p. 133.

(2) De Lamarzelle, Sénat. Déb. J. Off., 12 nov. 1910, p. 1736, 2^e col.

(3) De Buman, *op. cit.*, p. 11.

(4) Huber, *Exposé des Motifs du C. c. suisse*, I, p. 87.

(5) Delzons, *Revue des Deux-Mondes. La Recherche de la Paternité*, février 1913, p. 610.

mille, qui peut souffrir pécuniairement et moralement de l'intrusion d'un bâtard, et qui réclame une efficace protection. Il y a enfin la société, qui est balancée entre le désir de sauvegarder la famille légitime, de sévir contre les unions irrégulières, et celui de secourir les enfants naturels, afin que les citoyens ne se dérobent pas à leurs devoirs et ne fassent point supporter à la collectivité les conséquences de leurs fautes. Voilà donc une foule d'intérêts divers, tous très légitimes et violemment opposés les uns aux autres, qui ne sont guère conciliables. Si donc l'on a en vue les seuls intérêts de l'enfant, comme le faisait le législateur de Brumaire an II, on porte préjudice à la société. Si, au contraire, avec les rédacteurs du Code civil on ne considère que le strict intérêt social, on nuit à l'enfant. Et si enfin on cherche à satisfaire tous ces intérêts divergents et rivaux, on taille ceux-ci, on taille ceux-là de manière à les blesser tous. On a pu dire avec esprit que, pour les mettre en un bel équilibre, il fallait faire preuve d'une singulière ingéniosité d'esprit ; lorsqu'on essaie de les accorder, on semble se livrer « au jeu du taquin » (1).

Mais il y a aussi antinomie entre la raison et la vie sociale. La raison ne reconnaît d'autres principes que ceux des philosophes du dix-huitième siècle : la liberté, l'égalité, la justice parfaites ; et nous avons vu, précisément dans ces dernières pages, que l'état social reposait sur les préjugés inverses de la soumission, de l'inégalité et de l'injustice. Il y a également antagonisme entre la logique et la nature. Quelqu'un a dit très justement au cours des débats au Sénat français : « Vous êtes dans la *logique*, si vous « n'êtes pas dans la *vérité* » (2). En effet, que réclame donc la logique ? Elle veut que les enfants légitimes et naturels, conçus par le même acte de vie, soient également traités ; elle veut que le père et la mère, dont le rapprochement a donné naissance à l'enfant, supportent l'un et l'autre les charges qu'impose le don de la vie. Et la nature que fait-elle ? Elle marque par un signe certain la maternité ; elle

(1) Picard. Sénat belge, 1907, n° 167, p. 167, 2° col.

(2) Riou. Sénat. Déb. *J. Off.*, 17 juin 1910, p. 1521.

impose à la mère les souffrances, les fatigues, les privations ; au contraire la paternité est un fait occulte qui ne peut être matériellement constaté ; la nature elle-même, faisant preuve d'illogisme et d'injustice, dispense l'homme de tout souci et ne lui donne en partage que le plaisir. Nous venons d'ailleurs de voir que le dogme de la réversibilité des fautes n'était autre qu'une loi de la nature. Les législations germaniques ont précisément été frappées par ce dernier aspect de la question. *Pater incertus; mater semper certa*, dit la nature. Par suite rattachons toujours l'enfant à sa mère puisque la nature nous l'enseigne : *Kein Kind ist seiner Mütter Kebskind* Mais, au contraire, n'imposons pas à un homme une paternité qu'on ne peut pas prouver de façon certaine ; cependant comme il serait dangereux de laisser l'enfant à la seule charge de la mère, condamnons, à verser une pension alimentaire, l'homme qui s'est exposé à être le père de l'enfant, c'est-à-dire le père probable, ou même seulement le père possible. Et c'est ainsi que la solution germanique, qui semble si peu logique et si peu équitable, est au contraire parfaitement justifiable, puisqu'elle est la traduction législative d'une loi de la nature.

Ainsi, également sollicitée par tous ces principes contradictoires, la société est *indécise* sur la question de la recherche de la paternité. La logique et la nature lui commandent des solutions opposées ; la raison individuelle et la raison « socialisante » sont en complet désaccord. Aussi le législateur hésite-t-il entre deux solutions qui lui sont également avantageuses et nuisibles. Le parti que prendra le législateur dépendra alors de la conception qu'il se fait de la société, ou plutôt de la mentalité, des besoins de l'état social. Si la société est aristocratique, jalouse de ses privilèges, et si la famille, comme à Rome, au Moyen-Age, au commencement du dix-neuvième siècle, est un groupe puissant, fortement intégré, fermé aux étrangers, le mariage est l'unique source de la famille, il est entouré de respect et de faveur, la famille réclame une protection efficace de sa dignité et de son honneur. L'enfant naturel est exclu. Pénétré de l'importance sociale du mariage, le législateur lui assure, par des marques visibles de faveur,

une prépondérance indiscutable. Par suite, il traite plus rigoureusement les insoumis et les irréguliers ; il établit un départ plus tranché entre les enfants légitimes, pour lesquels il est plein d'indulgence, et les enfants naturels, sur lesquels il fait peser toute la rigueur des lois. Et, afin de mettre la famille légitime à l'abri de toutes les attaques, d'éloigner d'elle toutes les causes de désunion, de la protéger à tout prix contre le scandale et le chantage qui la ruineraient infailliblement, il interdit la recherche de la paternité naturelle. « Une barrière est nécessaire, et plus elle « sera haute, plus la famille sera sauve » (1). Car la société veut avant tout être forte, robuste et saine. Elle favorise le mariage, qui lui donne en général des enfants plus vigoureux, mieux soignés et mieux élevés ; elle ne veut pas accorder sa protection aux enfants naturels, qui sont pour la plupart des vicieux et des révoltés. Ainsi, « tout péril « social et familial est écarté, mais le droit indivi-
« duel est sacrifié » (2). Quand donc l'Etat s'est assigné « pour but, selon le mot de de Bonald, la « conservation « des familles », comme c'était le cas en 1804, le mot de Bonaparte peut se justifier : « La société n'a pas intérêt « à ce que les bâtards soient reconnus. » Pour les mêmes raisons les auteurs, qui adoptent une telle conception du rôle de la société, ont tendance à considérer la recherche de la paternité comme dangereuse pour la famille et comme une victoire de l'individualisme. En effet, ils identifient l'intérêt de la famille et l'intérêt de la société. Et c'est ce qui faisait dire à M. de Lamarzelle : « Au-dessus « des intérêts individuels de l'enfant, de la fille séduite, « il y a l'intérêt de la famille, qui est un intérêt social de « premier ordre, parce que la famille est la cellule sociale, « la base même de la société. Si vous ne la défendez pas, « parfois même au détriment des intérêts individuels, c'en « est fait de la société » (3). C'est aussi sur ce même terrain du mariage et de la famille que Brunetière se plaçait, en

(1) De La Grasserie, *Revue critique*, 1906, p. 614.

(2) *Idem*, 1907, p. 48.

(3) De Lamarzelle. Sénat. Déb. J. Off., 12 nov. 1910, p. 1736, 2^e col.

étudiant le problème de la recherche de la paternité naturelle. « Voilà le vrai problème, disait-il, ou plutôt voilà le problème unique. Veut-on du mariage ou bien n'en veut-on pas ? N'en veut-on pas ? et pourvu que les hommes croissent et se multiplient, pense-t-on qu'il n'importe guère comment les générations sortent des générations ? La cause est entendue. Ce ne sera pas la seule façon, que le progrès moderne ait imaginée, de faire rétrograder vers la barbarie morale l'homme du vingtième siècle, armé de toutes les ressources de la science et de l'industrie. Mais veut-on du mariage ? et croit-on que la constitution de la famille importe à la constitution de l'Etat ? La dureté du mot de Bonaparte ne peut alors qu'enfoncer davantage dans les esprits l'impression de la vérité ; le Code a raison, et il faut interdire la recherche de la paternité » (1).

Mais d'autres refusent d'identifier ainsi l'intérêt de la société avec celui de la famille. Cette conception, disent-ils, ne vaut que pour une société aristocratique qui tient à conserver intacts son nom, son honneur et ses privilèges. Mais il n'en saurait être de même dans une société démocratique, éprise de liberté, de justice et d'égalité pour tous. Et d'ailleurs, le législateur peut-il ignorer totalement les enfants illégitimes ? Ceux-ci s'imposent à son attention par leurs cris de douleur, et aussi par leurs cris de colère. Chaque année, ils meurent pas milliers, et la société réclame que ses membres vivent et se multiplient. Ceux qui survivent malgré les privations, malgré la misère, ont senti grandir dans leur âme ulcérée une haine implacable. Accablés sous le poids écrasant du mépris public, se heurtant sans cesse à l'hostilité de lois barbares, ils ne pardonnent pas aux hommes de les avoir injustement condamnés à l'exil ; mis hors la société, ils vivent hors la loi. Ils se révoltent, et alors, assouvissant leur haine, ils se vengent effroyablement. Ils pillent, ils incendient, ils tuent. On a voulu les traiter en parias : ils tiennent à justifier leur titre. On leur a refusé tout secours, toute assistance, toute

(1) Brunetière, *loc. cit.*, p. 374.

éducation ; on en a fait des révoltés et des criminels. Alors la société s'aperçoit qu'elle ne peut plus ignorer les enfants naturels, et qu'elle a commis une grave faute, en les frappant injustement. Il y va de l'intérêt social de permettre aux individus de vivre et de prospérer, en particulier aux enfants naturels de rechercher leur père, ainsi ils ne tomberont pas à la charge de la collectivité et ne se révolteront pas contre la société. Ici, au contraire, c'est par une identification de l'intérêt individuel et de l'intérêt de la société que se résout le problème. Et c'est en ce sens qu'on voit, dans la réforme de l'article 340, l'une des manifestations de la prépondérance du point de vue social.

Ainsi, nous pensons avoir expliqué la raison des contradictions, que nous avons relevées quelques pages plus haut, entre les auteurs également partisans de la recherche de la paternité naturelle. Elles sont nées de l'antinomie, qui existe sur ce point comme sur tant d'autres, entre la logique et la vie sociale, entre les intérêts individuels et les intérêts de la société. Mais nous avons vu comment le législateur moderne résolvait cette antinomie en faisant disparaître l'un des termes, ou du moins en identifiant l'un avec l'autre, la vie sociale avec la logique, la société avec l'individu. Et c'est précisément pourquoi sa solution paraît logique, et inspirée par un but social.

Cependant je croirais volontiers que c'est là un effet de mirage, et qu'il convient de dissiper les illusions. C'est bien plutôt grâce au courant de l'*individualisme* moderne qu'ont été réalisées toutes ces réformes relatives à la recherche de la paternité. Nous avons d'ailleurs déjà eu l'occasion d'indiquer cette tendance très nette du droit actuel ; les lois récentes sur la recherche de la paternité ne la contredisent pas : elles l'affirment. Fidèles à la tradition révolutionnaire, nous sommes des adeptes de la déesse Raison ; nous proclamons le droit de tout individu à la vie, nous sommes épris d'égalité et de justice absolues ; nous ressentons une grande pitié pour toutes les misères humaines. Nous écoutons la voix de la raison abstraite, celle qui, sans se soucier des applications pratiques, ne manie que des principes et des idées ; au contraire nous suivons de moins

en moins les conseils de la « raison socialisante », comme dirait M. Faguet, de la raison créatrice des préjugés sociaux, tels que ceux du mariage et de la réversibilité des fautes, sur lesquels nous avons longuement insisté. Et ces préjugés, dont on a dit qu'ils étaient « l'instinct de conservation des sociétés » (1), nous ne les voulons plus admettre, nous les discutons avec des arguments de logicien, notre raison abstraite se révolte contre eux ; nous les nions, nous n'avons plus foi en eux. Et en effet, il est facile de constater la régression du préjugé du mariage. Elle se manifeste dans l'opinion publique, auprès de laquelle il a perdu beaucoup de son prestige et de sa dignité. Le mariage et la famille légitime ne sont plus protégés par une sorte de respect qui les faisait intangibles. Partout, au théâtre, dans la presse, au Parlement, on témoigne de l'indulgence, parfois même de la sympathie aux irréguliers. C'est, entraîné par ce mouvement général en faveur des enfants naturels que le législateur moderne leur a facilité la recherche de la paternité. Il faut reconnaître, avec M. Delzons, « que cette réforme a été préparée par un état de « l'opinion publique, où le mariage, l'intérêt des enfants « légitimes, le *souci d'une grande règle sociale* ne trouvent « plus la même faveur qu'autrefois » (2). Il ne faut pas se le dissimuler, mais chaque droit nouveau conféré à l'enfant naturel est une faveur retirée à l'enfant légitime. Peu à peu, les différences qui les distinguent deviennent moins sensibles, les situations se nivellent. L'enfant naturel gagne en considération ce que l'enfant légitime perd en prestige. D'ailleurs, n'avons-nous pas constaté dans notre historique qu'une amélioration du sort de l'enfant naturel correspondait invariablement à une diminution dans la puissance et la cohésion du groupe familial.

De même, le fait de reconnaître à l'état de concubinage des effets juridiques analogues à ceux du mariage, rapproche l'une de l'autre l'union légale et l'union illicite et dispose l'esprit à établir entre elles une fâcheuse comparai-

(1) Faguet, *op. cit.*, p. 357.

(2) Delzons, *loc. cit.*, p. 610.

son. On n'a pas manqué de dire, pour apaiser les craintes, que la meilleure façon de combattre l'union libre c'était encore de la dépouiller de ses avantages les plus appréciables, la liberté et l'irresponsabilité. Quand l'union libre, a-t-on dit, aura les mêmes conséquences pécuniaires que l'union légale et que la charge des enfants incombera également aux deux amants, ceux-ci n'auront plus qu'à régulariser leur situation, puisque en fait et en droit, ils vivent dans un état analogue à l'état de mariage. Peut-être, mais voudront-ils remplir cette petite formalité? Tout est là. Or, si insignifiante qu'elle paraisse, elle lie plus étroitement les époux, elle leur impose des obligations plus étendues et plus strictes, elle restreint notablement leur liberté d'action; et, dans ces conditions, l'on ne peut pas savoir qui l'emportera du besoin de la légalité ou du désir de la liberté. Sans doute, le législateur latin a rendu un grand hommage à la famille, quand il a reconnu la nécessité de son influence bienfaisante pour le développement physique et moral de l'enfant naturel. Mais il a par là même porté une rude atteinte à la dignité de l'union légale, car il a admis qu'il pouvait y avoir une famille en dehors de celle qui était fondée sur le mariage. Le mot a été dit: « Le mariage n'est pas le but de la loi naturelle; *il n'est qu'une façon d'organiser la famille, et il peut y avoir fa-* » *mille en dehors de notre réglementation du mariage* » (1). Mais cette concurrence porte préjudice au prestige du mariage. Il ne jouit plus du monopole que lui garantissait le Code Napoléon. Il est découronné de sa primauté. Ainsi donc la « raison abstraite » l'a emporté sur la « raison socialisante ». Le préjugé du mariage a perdu de sa force et de son intensité dans les consciences humaines. Il n'apparaît plus comme aussi indispensable, aussi nécessaire à la stabilité et à la prospérité de la société. Il recule devant les progrès croissants de l'individualisme. Et nous disons aujourd'hui avec Cambacérès: « Si le mariage est une institution précieuse, son empire ne peut s'étendre jusqu'à la destruction des droits de l'homme et du citoyen ».

(1) Rivet. Sénat. Déb. J. Off., 8 juin 1910, p. 1407.

Mais c'est avec le préjugé du mariage, le préjugé de la réversibilité des fautes qui est, lui aussi, en régression. Reprenant aussi sur ce point la tradition révolutionnaire, nous nous laissons convaincre par les arguments de la raison abstraite, qui tient l'idée de la solidarité dans le châtimement comme une injustice monstrueuse et absurde. Il faut que le châtimement soit là où est la faute, là où est la responsabilité. Et c'est en ce sens, que les lois, autorisant la recherche de la paternité, contredisent le dogme de la réversibilité des fautes. Car c'est le seul coupable, c'est l'individu qui est puni : ce ne sont plus ses descendants ; ce n'est plus sa race. En effet, l'opinion publique — car il y a toujours concordance entre les mouvements de l'opinion et les réformes législatives — devient de moins en moins sévère à l'égard des enfants naturels. Selon le vœu d'Esquiros, elle lève l'anathème (1) que, depuis des siècles, elle jetait sur sa tête innocente. Elle voit en lui une victime et non plus un coupable. Elle commence à mettre les responsabilités là où elles sont réellement. M. Eustache Pilon, qui a parfaitement vu que « l'évolution des lois et de la jurisprudence revient en matière du droit de la famille, « aux idées de la Révolution », écrivait dans le Livre du Centenaire du Code civil : « Au total, ce n'est pas l'assimilation complète des enfants naturels aux enfants légitimes, mais c'est déjà une conception plus *humaine* des « droits des enfants naturels. On finit par s'apercevoir que « dans les rapports de famille comme dans le domaine des « obligations, la responsabilité doit être là où est la faute ; « qu'il est d'une morale plus élevée et d'une meilleure solidarité familiale de faire une large place dans la famille « à l'enfant naturel. Pourquoi, en effet, le laisser à la « porte ? N'est-il pas uni à ses parents par les liens du « sang ? N'a-t-il pas droit à la même affection et aux mêmes égards que les autres ? La *nature* veut qu'il soit des « vôtres et la morale commande que vous ne le traitiez « pas en paria » (2). Mais nous reconnaissons là toutes les

(1) Esquiros. *Revue des Deux-Mondes*, 1846, p. 1044.

(2) Pilon. *Réforme du Code civil. Livre du Centenaire*, p. 942.

idées de la Révolution et de la philosophie du dix-huitième siècle : la justice absolue, l'égalité intégrale, le retour à la loi de nature. C'est qu'en effet, si l'influence de cette philosophie a été considérable sur la Révolution, elle l'a été d'une manière éclatante sur tout le dix-neuvième siècle et c'est comme à la lumière des écrits de Montesquieu, Rousseau et Voltaire qu'on a interprété la Révolution française et qu'on a décidé de la manière dont on devait la continuer (1). Aussi le législateur, qui a pour mission d'interpréter les sentiments et les aspirations de la conscience sociale, s'emploie à poursuivre l'œuvre de réhabilitation morale et sociale de l'enfant naturel, qu'avait inaugurée la Révolution française. « La recherche de la paternité n'est « selon nous, a dit très justement M. Pouzol, qu'une extension de l'idée de réhabilitation » (2). C'est le procès de l'enfant naturel que nous revisons. Nous proclamons son innocence ; nous rendons justice à l'enfant, cet éternel sacrifié, nous relevons la fille-mère, la fille tombée, nous les rappelons l'un et l'autre de leur long exil, et en posant le principe de la responsabilité paternelle hors mariage, nous voulons frapper le véritable auteur de l'acte illicite, le vrai coupable et faire retomber, sur ses épaules, le poids de sa faute volontaire.

Dominés par la Raison abstraite, nous repoussons donc tous les préjugés, le préjugé du mariage et celui de la réversibilité des fautes ; il devait en résulter nécessairement une amélioration sensible de la condition des enfants naturels ; mais aussi le groupe familial devait perdre sa force et sa cohésion. C'est que le législateur a changé d'objectif : jusqu'alors il résolvait l'antinomie entre l'intérêt individuel et l'intérêt social, en sacrifiant le premier au second et en identifiant l'intérêt de la famille et l'intérêt de la société. Et c'est en ce sens que Brunetière pouvait dire : « Il y avait « alors un intérêt social de premier ordre à ce que l'héritier d'un grand nom ne se laissât pas choir dans les bras

(1) Faguet. *Préface de la politique comparée de Montesquieu, Rousseau et Voltaire.*

(2) Pouzol, *op. cit.*, p. 239.

« ou plutôt dans le piège d'une baronne de contrebande.
« C'est ce que Cambacérès appelait un effet de l'orgueil...
« On pouvait vraiment dire alors d'un intrigant de bas
« étage, revendiquant devant les tribunaux l'état de duc
« et pair, qu'il troublait la société. En l'an de grâce 1883,
« j'avoue qu'il la troublerait moins » (1). Ainsi, déjà, Brunetière constatait ce changement dans l'opinion publique; depuis 1883, le mouvement n'a fait que grandir et s'accroître. L'intérêt de la famille est passé au second plan; celui de l'individu est devenu primordial. C'est une conception toute nouvelle de l'intérêt social qui domine l'esprit moderne. Il suffisait autrefois que l'ensemble de la nation fût puissant et prospère; on passait sur certains défauts et certaines tares exceptionnels; peu importait que quelques individus fussent misérables, pourvu que la société fût forte. Aujourd'hui, nous ne fermons plus les yeux sur ces tristes réalités; nous les regardons en face, et nous nous efforçons généreusement d'y apporter remède. Nous nous occupons des détails, au risque de négliger l'ensemble, et nous cherchons à réaliser le bonheur des individus, quand bien même la société devrait être moins unie et moins cohérente.

Quelles que soient les formes de gouvernement, ce ne peut plus être vers la conservation des privilèges d'une caste ou d'une institution, mais vers la satisfaction des besoins de la masse, et plus spécialement des petits et des faibles, que sont dirigés les yeux du législateur. La forme de la société devient partout démocratique. Les préjugés sociaux sont discutés et repoussés. On ne croit plus qu'à la Raison. « Tandis qu'une société aristocratique, dit M. Faguet, « toutes ses raisons pour favoriser le mariage, pour repousser le divorce, pour être très sévère pour les bâtards... la société démocratique devient favorable au divorce, condescendante à la bâtardise, moins jalousement protectrice de la famille » (2). La vérité sociale change donc selon les époques; elle est essentiellement mobile.

(1) Brunetière, *loc. cit.*, p. 361.

(2) Faguet, *op. cit.*, p. 299.

Tantôt elle s'éloigne de la logique et de la raison abstraite, tantôt elle s'en rapproche et se modèle sur elles ; mais tandis, qu'en ce dernier cas, ses solutions paraissent plus rationnelles et plus justes aux adeptes de la Raison, elles semblent destructrices à ceux qui croient à la nécessité des préjugés sociaux.

Ainsi donc, c'est en identifiant tantôt l'intérêt familial et tantôt l'intérêt individuel à l'intérêt social que, selon l'évolution des mœurs et l'état des esprits, le législateur s'efforce d'aplanir le conflit éternel entre l'individu et la société, qui n'est autre que l'insoluble antinomie entre la logique et l'action, entre la vérité abstraite et la vie pratique.

Vu : *Le Président,*
H. CAPITANT.

Vu : *Le Doyen,*
F. LARNAUDE.

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

Pour le Vice-Recteur :
L'Inspecteur de l'Académie,

ISTRIA.

TABLE DES MATIÈRES

Bibliographie	I
Préface	IX
Avant-propos	1
Historique	

Droit romain. — Période païenne. — Droit chrétien. — Droit germanique. — Haut Moyen-Age. — Moyen-Age. — Ancien droit français. — La règle *Virgini creditur*. — Les législations étrangères du XV^e au XIX^e siècle : Allemagne, Belgique, Suisse, Angleterre, Italie, etc. — Droit intermédiaire. — Le Code civil français. — Le principe de la prohibition de la recherche de la paternité. — L'article 340 et la jurisprudence. — Travaux préparatoires de la loi française du 16 novembre 1912. — Les législations étrangères aux XIX^e et XX^e siècles : États de l'Amérique du Sud, Espagne, Portugal, Italie, Principauté de Monaco, Hollande, Belgique. — Les législations germaniques : Autriche, Norvège, Allemagne, Russie, États-Unis, Suède, Danemark. — La Suisse. — L'Angleterre..... **3 à 82**

PREMIÈRE PARTIE

ORGANISATION DE LA PREUVE DE LA PATERNITÉ NATURELLE

Introduction. — Principes généraux.

La solution latine et la solution germanique. — Système mixte de la loi belge et du Code civil suisse **85**

PREMIÈRE SECTION**LA PREUVE DE LA PATERNITÉ NATURELLE****Chapitre I. — Attentats sur la personne de la mère.**

Notion de l'enlèvement. — Viol. — Détention et séquestration arbitraires. — Modes de preuve. — Une condamnation pénale est-elle nécessaire ? — Coïncidence de l'acte criminel avec l'époque légale de la conception. — Questions diverses..... **100**

Chapitre II. — La preuve par la possession d'état d'enfant naturel.

Valeur probante de la possession d'état. — Notion de la possession d'état d'enfant naturel. — Participation du défendeur à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. — Qualités de la possession d'état : non équivoque, constante, notoire. — Modes de preuve. — Liberté d'appréciation du juge..... **131**

Chapitre III. — Preuve par l'aveu du père.

L'aveu dans la reconnaissance volontaire et dans la reconnaissance judiciaire. — Pouvoir souverain d'appréciation des tribunaux. — Qualités de l'aveu : clair, formel, non équivoque. — Objet de l'aveu dans la loi belge du 6 avril 1908..... **148**

Chapitre IV. — Preuve de la paternité tirée du fait de la séduction dolosive.

Manceuvres dolosives. — Définition. — Recherche d'un critérium. — Promesse de mariage. — Nature de la promesse. — Antériorité sur la conception. — Abus d'autorité. — Modes de preuve. — L'exigence du commencement de preuve par écrit dans la loi française du 16 novembre 1912. — Nature du commencement de preuve par écrit. — Conditions que doivent remplir les faits de séduction. — Séduction simple. — Délit de séduction..... **164**

Chapitre V. — La présomption tirée de l'état de concubinage.

Analogie de la présomption contre le mari et de la présomption contre le concubin. — Définition du concubinage. — Qualités que doit présenter le concubinage : notoire, habituel. — La question de la durée du concubinage..... **210**

Chapitre VI. — La présomption générale de paternité dans les législations appartenant au groupe germanique.

Présomption générale contre l'homme qui a cohabité avec la mère pendant la période légale de la conception. — Détermination de cette période..... **230**

DEUXIÈME SECTION

LA CONTRE PREUVE. — LA PROCÉDURE

Chapitre I. — La contre preuve de la paternité naturelle. Exceptions et moyens de défense.

Rôle du défendeur. — Exception d'impossibilité physique. — Avantages et inconvénients de l'exceptio plurium. — L'exceptio plurium en droit allemand. — Nature spéciale de la reconnaissance volontaire en droit allemand. — Exception d'infidélité de la mère. — Exception d'inconduite (Son évolution, son acception moderne). Avantages et inconvénients. — Notion de l'inconduite. — A quelles conditions peut-elle servir d'exception ? — Autres exceptions et moyens de défense..... **241**

Chapitre II. — Attribution et transmission actives et passives de l'action en recherche de paternité naturelle.

Attribution active (Evolution du droit sur ce point). — Le représentant légal de l'enfant mineur. — Transmission active. — Attribution passive. — Transmission passive. — Renonciation à l'action..... **309**

Chapitre III. — Prescriptibilité de l'action en recherche de paternité naturelle.

Intentement de l'action avant la naissance de l'enfant. — Nécessité du délai. — Durée de la prescription. — Causes de report du point de départ du délai à une date ultérieure. — Exercice de l'action par l'enfant majeur. — Nature juridique du délai. — Imprescriptibilité de l'action dans les législations germaniques..... **351**

Chapitre IV. — La procédure de l'action en recherche de paternité naturelle.

Caractère civil de l'action. — Compétence. — Les fins de non recevoir de la loi française du 16 novembre 1912. — Interdiction de publier les débats. — Huis-clos. — La procédure en Belgique. — La procédure en Allemagne. — La procédure dans les législations cantonales suisses et dans le G. civ. suisse. — Rôle du serment dans les procès en recherche de paternité **381**

Chapitre V. — La question des enfants adultérins et incestueux.

Absence de toute distinction dans les législations germaniques. — Rigueur des législations latines. — Solution libérale du Code civil italien et du projet Scialoja..... **443**

DEUXIÈME PARTIE

LES EFFETS DE LA FILIATION NATURELLE JUDICIAIREMENT CONSTATÉE

Principes généraux. — Divergence des législations germaniques et des législations latines. — La Belgique et la Suisse **452**

Chapitre I. — L'autorité du jugement.

Effet déclaratif du jugement. — La question de l'autorité des jugements en matière d'état des personnes. — Autorité relative dans les législations germaniques. — Paternité plurale..... **466**

Chapitre II. — L'obligation alimentaire entre parents naturels et spécialement l'obligation alimentaire du père naturel dans les législations germaniques.

Application des règles du droit commun dans les législations latines. — Caractères spéciaux de l'obligation alimentaire du père naturel dans les législations germaniques. — Répartition du fardeau de l'entretien entre les parents naturels ; diverses solutions possibles. — Mesure de l'obligation. — Etendue et importance de l'obligation. — Fixation du taux de la pension. — Possibilité de revision du jugement qui fixe le montant. — Durée de l'obligation d'entretien. — Fixation du délai. — Prolongation exceptionnelle dans le

C. civ. allemand. — Demande de sûretés et de mesures provisoires.	
— Transactions sur l'obligation d'entretien. — Abfindungssumme.	
— Causes d'extinction du droit à l'entretien. — Mort de l'enfant.	
— Transmissibilité passive contre les héritiers du père. — Abfindungsrecht. — Prescription des rentes échues. — Nature de l'obligation alimentaire. — Moyens d'exécution.....	478

Chapitre III. — Du nom de l'enfant naturel.

Différentes solutions proposées dans les pays latins. — La question du nom en Belgique. — Attitude différente des législations germaniques. — La disposition de l'article 1706, al. 2 du C. civ. allemand.....	557
--	------------

Chapitre IV. — La vocation successorale de l'enfant naturel.

Solutions des législations latines. — Projet Scialoja. — Droits de succession de l'enfant naturel dans les pays germaniques. — Evolution des droits successoraux de l'enfant illégitime étudiée à travers les législations cantonales suisses. — La solution du Code civil suisse.....	574
--	------------

Chapitre V. — La question de la puissance paternelle.

Insuffisance des législations latines sur ce point. — Solution trop rigoriste du C. civ. allemand. — Dispositions remarquables du Code civil suisse.....	593
--	------------

Chapitre VI. — Mesures de protection prises dans l'intérêt de la famille légitime.

L'art 337 du Code civ. français. — Ses effets. — Son application à la reconnaissance judiciaire. — Droit de l'enfant à des aliments. — Protection du nom de la famille légitime. — Absence de dispositions protectrices de la famille légitime dans les législations germaniques. — L'article 323, al. 2 du Code civil suisse. — Efficacité des mesures de protection.....	610
--	------------

Chapitre VII. — Mesures spéciales prises contre le chantage.

La disposition exceptionnelle de la loi française. — Utilité de cette mesure. — Droit de requérir la condamnation pénale. — Né-	
---	--

cessité d'un débat sérieux et régulier. — Large pouvoir d'appréciation du tribunal. — Sentence unique. — Bénéfice des deux degrés de juridiction. — Application de la contrainte par corps. — Efficacité des sanctions pénales. **639**

Chapitre VIII. - La question de l'applicabilité dans le temps des lois relatives à la recherche de la paternité naturelle.

Lois étrangères : Allemagne, Belgique, Suisse, Hollande, projet Scialoja. - Applicabilité de la loi française aux enfants nés antérieurement à sa promulgation. — Discussion de la question. — Silence des travaux préparatoires. — Absence de droits acquis du père et des héritiers. — Détermination de la situation juridique du père et de l'enfant naturel avant la loi du 16 novembre 1912. — Examen de l'objection tirée de la prétendue création de moyens de preuve nouveaux. — Caractère rétroactif des lois d'ordre public. — La loi française n'est pas à proprement parler rétroactive. — Propositions de lois destinées à résoudre la question. **665**

Chapitre IX. - Les droits spéciaux de la mère contre le père.

Connexité de l'action en recherche de paternité et de l'action en dommages intérêts de la mère. — Réglementation minutieuse du droit de la mère dans les législations germaniques. — L'action en frais de couches proprement dite. — Frais ordinaires. — Frais extraordinaires. — Réclamation d'une indemnité en réparation du préjudice moral. — Dans les pays latins, l'action en dommages intérêts de la mère suit les règles du droit commun. — Survivance de la jurisprudence formée autour de l'article 340 ancien. — Comment l'enfant naturel est appelé à en bénéficier ? — Validité de l'engagement pris par le père de pourvoir à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. **715**

Chapitre X. - Les différentes théories relatives au fondement juridique de l'action en recherche de paternité naturelle.

Influence de la théorie adoptée sur les dispositions de détail. — Théorie du délit. — Théorie de Windscheid. — Théorie de Gim-

merthal. — Théorie de l'acte de procréation. — Théorie de la parenté. — Théorie du risque de paternité et discussion. — Position du législateur moderne.....	748
--	------------

TROISIÈME PARTIE

Conclusions.

Objet de ces conclusions. — <i>Critique des systèmes</i> . — La loi belge et le Code civil suisse nous offrent-ils une solution originale ? — Avantages et inconvénients du système germanique. — L'adhésion féministe et socialiste. — Théorie de M. A. Colin et critique. — Le système germanique et l'esprit latin. — La solution latine dans ses rapports avec l'intérêt de l'enfant naturel et celui de la famille légitime	772
<i>Tendances du droit moderne</i> . — Individualisme, culte de l'enfance. Le problème de l'union libre. — Le conflit de l'individu et de la société, de la raison abstraite et de la vie sociale, révélé par la question de la filiation illégitime et de la recherche de la paternité. — Dans quel sens le législateur moderne résout-il l'antinomie ? - Nouvelle conception de l'intérêt social.....	865

